

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Configuración constitucional de la jurisdicción
penal militar en tiempo de paz. El caso de México**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ricardo Sodi Cuellar

DIRECTOR

Raúl Canosa Usera

Madrid, 2017

Ricardo Sodi Cuellar

**CONFIGURACIÓN
CONSTITUCIONAL DE LA
JURISDICCIÓN PENAL
MILITAR EN TIEMPO DE PAZ.
EL CASO DE MÉXICO**

**Tesis doctoral
Director Dr. Raúl Canosa Usera
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, 2015**

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABSTRACT | 9 |
| APPROACH..... | 9 |
| PROPOSAL..... | 10 |
| DEVELOPMENT | 11 |
| CNCLUSION..... | 12 |
| KEYWORDS | 12 |
| RESUMEN | 13 |
| INTRODUCCIÓN..... | 15 |
| CAPÍTULO I. | 25 |
| PROPUESTA DE UNA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR | 25 |
| A. EL FUERO MILITAR HA OPERADO COMO MEDIO DE CONTROL LEGAL SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS..... | 33 |
| 1. <i>Naturaleza de los Controles sobre las Fuerzas Armadas.....</i> | 35 |
| 2. <i>El Fuero Militar Causante de Tensiones en las Relaciones Civiles Militares.....</i> | 52 |
| 3. <i>Atemperación de los Derechos Humanos de los Militares.....</i> | 62 |
| a) <i>Modelo Disperso de Atemperación de los Derechos Humanos, Modelo Concentrado de Atemperación de los Derechos humanos.....</i> | 68 |
| b) <i>La Constitución Alemana y la Doctrina de la Innere Führung</i> | 71 |
| B. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DETERMINA EL ESQUEMA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. | 78 |
| 1. <i>La Función Pública Militar y su Configuración Constitucional.....</i> | 85 |
| 2. <i>Modelos de Configuración Constitucional de las Fuerzas Armadas</i> | 94 |

| | |
|---|-----|
| 3. <i>Modelo Divergente o Institucional</i> | 104 |
| 4. <i>Modelo Convergente o Administrativo</i> | 108 |
| 5. <i>Modelo Segmentado o Plural</i> | 112 |
| 6. <i>Modelo Ecléctico</i> | 113 |
| C. EL FUERO MILITAR: JURISDICCIÓN CON CARACTERÍSTICAS PROPIAS. .. | 114 |
| 1. <i>Concepto de la Función Jurisdiccional y sus Elementos</i> | 122 |
| 2. <i>Etos Militar: Disciplina, Espíritu de Cuerpo, Eficacia en el Cumplimiento de sus Misiones y Autonomía Operativa bajo Control Civil, Principios Rectores de la Justicia Castrense</i> | 127 |
| 3. <i>Concepto de Función Jurisdiccional Militar y Tópicos para su Configuración Constitucional</i> | 133 |
| 4. <i>Ámbito estrictamente castrense</i> | 144 |
| 5. <i>Distinción entre la Jurisdicción Disciplinaria y Penal en Materia Militar</i> | 150 |
| D. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR | 159 |
| 1. <i>Conceptos de Disciplina, Sanción y Correctivo Disciplinarios</i> | 160 |
| 2. <i>Principios Orientadores del Régimen Disciplinario Militar: adecuación, proporcionalidad, inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando, taxatividad, mínima entidad sancionadora, definitividad, responsabilidad del mando</i> | 163 |
| 3. <i>Normativa del Régimen Disciplinario Militar</i> | 173 |
| a) <i>Sujetos Obligados por la Norma Disciplinaria Militar</i> | 174 |
| b) <i>Órganos Aplicadores de la Norma Disciplinaria Militar</i> | 175 |
| E. JURISDICCIÓN PENAL EN TIEMPO DE PAZ | 177 |
| 1. <i>Naturaleza Especial y Excepcional de la Jurisdicción Militar Penal</i> | 181 |
| 2. <i>Principios para Construir la Tipología de los Delitos de Función Militar</i> | 190 |
| a) <i>Principio de Inclusión.</i> | 190 |
| b) <i>Principio de Restricción Objetiva y Subjetiva</i> | 190 |
| c) <i>Principio de Regularidad Constitucional y Legal.</i> | 194 |
| d) <i>Principio de Reserva Jurisdiccional Militar</i> | 195 |
| e) <i>Principio de Separación Castrense</i> | 196 |
| 3. <i>El Ámbito Objetivo de los Delitos de Función Estrictamente Militares, determina la Competencia de la Jurisdicción Militar</i> | 196 |
| 4. <i>Jurisdicción Militar en Tiempo de Paz</i> | 201 |
| 5. <i>Principios rectores de la Administración de Justicia Militar</i> | 209 |
| F. PROPUESTA DE ESCENARIOS PARA LA JUDICATURA MILITAR | 215 |

| | |
|---|------------|
| 1. <i>Propuesta de Escenarios para la Judicatura Militar en clave de Respeto a Derechos Humanos y a los Principios Legitimadores de la Jurisdicción</i> | 229 |
| 2. <i>Sistema Autárquico de Justicia Militar Centrado en el Mando</i> | 234 |
| 3. <i>Sistema de Judicialización Parcial o Híbrida de la Judicatura Militar</i> | 238 |
| 4. <i>Escenario de Incorporación de la Judicatura Militar en Sede Judicial</i> | 240 |
| 5. <i>Escenario de Asimilación a la Judicatura Civil en Tiempo de Paz</i> | 241 |
| CAPÍTULO II | 243 |
| LA JURISDICCION MILITAR EN MÉXICO | 243 |
| A. GÉNESIS DE UNA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA FUERZAS ARMADAS.... | 253 |
| 1. <i>La subsistencia del fuero de guerra: una búsqueda de su origen</i> .. | 262 |
| 2. <i>El traslado de la legislación militar española a la Nueva España</i> | 268 |
| 3. <i>La etapa de la Conquista, las Huestes y la Encomienda</i> | 269 |
| 4. <i>Un fuero militar de conveniencia: Las Milicias Provinciales y Urbanas</i> | 271 |
| 5. <i>Ordenanzas de San Lorenzo: formación del ejército regular y permanente en la Nueva España y la consolidación del fuero militar en la Nueva España</i> | 275 |
| 6. <i>El Primer Pacto por México: El Ejército Trigarante, causahabiente de los ejércitos Virreinales</i> | 278 |
| 7. <i>La Herencia Foral del México Independiente: El Fuero de Guerra</i> | 280 |
| 8. <i>En la Nueva República Mexicana se Mantiene Vigente el Orden Militar Virreinal</i> | 294 |
| 9. <i>Evolución hacia la Codificación del Derecho Militar y de las Normas Reguladoras del Fuero de Guerra</i> | 302 |
| B. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADA MEXICANAS..... | 313 |
| 1. <i>Mexicanos al Grito de Guerra: ciudadanos en armas</i> | 315 |
| 2. <i>El servicio público de seguridad nacional, justifica la afectación de derechos fundamentales a los militares</i> | 317 |
| 3. <i>Limitación a los Derechos Políticos</i> | 319 |
| 4. <i>Limitación a los Derechos Laborales</i> | 323 |
| 5. <i>Limitación a los Derechos Jurisdiccionales</i> | 334 |
| 6. <i>Limitación a la Libertad de Opinión, Reunión, Tránsito y Residencia</i> | 338 |

| | |
|--|------------|
| 7. <i>Limitación en cuanto a la doble nacionalidad</i> | 343 |
| 8. <i>Limitación al Derecho de Petición</i> | 345 |
| 9. <i>Limitación de derechos humanos para los militares retirados</i> | 347 |
| C. LA JUSTICIA DE MANDO MODELA LA JURISDICCION MILITAR EN MÉXICO..... | 349 |
| 1. <i>La Subsistencia del Fuero de Guerra, una mirada al pasado con Implicaciones Jurídicas</i> | 369 |
| 2. <i>“Jurisdicción Militar” en sustitución de “Fuero de Guerra”</i> | 384 |
| 3. <i>“Fuerzas Armadas” en sustitución de “Ejército”</i> | 385 |
| 4. <i>“Civil” en sustitución de “Paisano”</i> | 386 |
| 5. <i>Incompleta e inconvencional configuración constitucional de la jurisdicción penal militar en México.</i> | 387 |
| 6. <i>La jurisdicción penal militar en México no cumple los principios rectores de la administración de justicia</i> | 398 |
| 7. <i>La constitucionalidad del Código de Justicia Militar mexicano en entredicho</i> | 420 |
| D. EL FUERO MILITAR VISTO POR LA JUSTICIA MEXICANA E INTERAMERICANA..... | 439 |
| 1. <i>Marco jurídico internacional de la jurisdicción penal militar</i> | 448 |
| 2. <i>La tendencia internacional hacia la configuración del fuero militar como fuero funcional</i> | 454 |
| E. LAS CONDENAS DE LA CORTE INTERAMERICANA CONTRA EL ESTADO MEXICANO RELACIONADAS CON FUERZAS ARMADAS | 460 |
| 1. <i>Participación de la Suprema Corte en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana del caso Radilla Pacheco</i> ... | 477 |
| 2. <i>El caso Radilla Pacheco en contexto, guerra sucia y desaparición forzada</i> | 478 |
| 3. <i>El pleno de la Suprema Corte y el expediente varios 912/2010</i> | 489 |
| 4. <i>Restricciones al ámbito de competencia del fuero militar determinadas por la Suprema Corte</i> | 498 |
| CAPITULO III. | 501 |
| LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISDICCION MILITAR EN MÉXICO..... | 501 |
| A. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INTEGRAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS..... | 503 |

| | |
|---|------------|
| B. PROPUESTA PARA UNA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN PENAL | 514 |
| C. ESCENARIO RECOMENDABLE PARA LA JUDICATURA MILITAR EN MÉXICO | 519 |
| CONCLUSIONES..... | 523 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 535 |
| A. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 535 |
| B. FUENTES DE INFORMACIÓN DE INTERNET | 555 |

ABSTRACT

Title: CONSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE MILITARY CRIMINAL JURISDICTION IN TIMES OF PEACE.

APPROACH

The Inter-American Court of Human Rights ruled the Case Radilla-Pacheco v. Mexico in November 23, 2009. The judgment stated that México is responsible for the violation of the rights to a fair trial and judicial protection, acknowledged by the American Convention on Human Rights and by the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons. The backgrounds refer to the forced disappearance of Mr. Rosendo Radilla-Pacheco, which occurred since August 25, 1974, in the hands of members of the Army in the State of Guerrero, Mexico. The reason argued was because he composed "corridos", popular songs related to notorious events. He continues to be missing until today. The Mexican Authorities have not established the whereabouts of the victim nor have his remains been found. Mexico produced the answer to the complaint and challenged the jurisdiction of the Court, arguing that the death and torture of Mr. Rosendo Radilla-Pacheco occurred prior to the date of ratification of the Court's contentious jurisdiction on 1998, since as of the date of his detention, on 1974; this argument did not prevail. Mexico also argued that military jurisdiction is legally acknowledged in Mexico and that the term "military jurisdiction" included in the Constitution does not imply a privilege or for the members of the armed forces, but a specialized jurisdiction that hears of the offenses and crimes against military discipline. In that sense, it indicated that Article 13 of the Constitution refers to the persons accused of a crime and not to the alleged victims, thus when a civilian is the victim of a crime committed by a soldier, the competent authority to prosecute the crime are the military courts. The response to the complaint was insufficient and the arguments did not comply with the international standards of military justice. Obviously the result was in disfavor of Mexico.

The Mexican Supreme Court decided to open a special file named "varios 912/2010", to accomplish their specific obligations stated by the international judgment, specially related to the military justice. The ruling in this special file was historical and had no precedent. The holding stated that

domestic judges and tribunals are subject to the rule of law and that, therefore, they are compelled to apply the regulations in force within the legal system. But once a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State's apparatus, are also submitted to it, which compels them to make sure that the provisions of the Convention are not affected by the application of laws contrary to its object and purpose, and that they do not lack legal effects from their creation. In other words, the Judiciary shall exercise a "control of conventionality *ex officio*" between domestic regulations and the American Convention, evidently within the framework of its respective competences and the corresponding procedural regulations. Within this task, the Judiciary shall take into consideration not only the treaty but also the interpretation the Inter-American Court, final interpreter of the American Convention, has made of it. Therefore, it is necessary that the constitutional and legislative interpretations regarding the material and personal competence criteria of military jurisdiction in Mexico be adjusted to the principles established in the jurisprudence of the Inter-American Tribunal. It also stated that subparagraph a) fraction II of Article 57 of the Code of Military Justice, is unconstitutional and unconventional because its incompatibility with Article 13 of the Constitution and the international standards in this subject, as well as the American Convention on Human Rights.

The above mentioned judgment stated that the Mexico's executive and legislative Branches shall adopt, within a reasonable period of time, the appropriate legislative reforms in order to make Article 57 of the Code of Military Justice compatible with the international standards in this subject and the American Convention on Human Rights. During 2014 the attention of politician and the military were focused in the criminal military jurisdiction. The Mexican Congress passed the modifications to the Code of Military Justice. However the reform was incomplete and did not fulfill the holdings of the Inter-American Court. In my consideration this was the proper moment to conduct an academic investigation of the military justice system in Mexico.

PROPOSAL

According to comparative law and jurisprudence the military criminal jurisdiction in democratic states, in times of peace, has tended to be reduced and has even disappeared, reason for which, if a State conserves it, its use shall be minimum, as strictly necessary, and shall be inspired on the principles and guarantees that govern modern criminal law. In a democratic State of law, the military criminal jurisdiction shall have a restrictive and exceptional scope and be directed toward the protection of special juridical interests, related to the tasks characteristic of the military forces. Only active soldiers shall be prosecuted within the military jurisdiction for the commission of crimes or

offenses that based on their own nature threaten the juridical rights of the military order itself.

Taking into account the nature of the crime and the juridical right damaged, military criminal jurisdiction is not the competent jurisdiction to investigate and, in its case, prosecute and punish the authors of violations of human rights but that instead the processing of those responsible always corresponds to the ordinary justice system. In that sense, when the military jurisdiction assumes competence over a matter that should be heard by the ordinary jurisdiction, it is violating the right to a competent tribunal and, a fortiori, to a due process, which is at the same time, intimately related to the right to a fair trial. The judge in charge of hearing a case shall be competent, as well as independent and impartial.

When the military courts hear of acts that constitute violations to human rights against civilians they exercise jurisdiction not only with regard to the defendant, which must necessarily be a person with an active military status, but also with regard to the civil victim, who has the right to participate in the criminal proceedings not only for the effects of the corresponding reparation of the damage but also to exercise their rights to the truth and to justice. In that sense, the victims of the violations of human rights and their next of kin have the right to have said violations heard and resolved by a competent tribunal, pursuant with the due process of law and the right to a fair trial. The importance of the passive subject transcends the sphere of the military realm, since juridical rights characteristic of the ordinary regimen are involved.

The main task of this academic undertaking is to propose a new constitutional configuration of the military criminal jurisdiction in times of peace. Article 13 of the Mexican Constitution has to be modified to make it compatible with the international standards in this subject and the American Convention on Human Rights. This part of the Constitution has not been modified since Mexico's Independence.

DEVELOPMENT

The first part of this investigation consists in proposing a General Theory of the military criminal jurisdiction in times of peace. By analyzing comparative law and international jurisprudence we will clarify the standards that the military justice must comply with in order of its legitimacy.

The related part of Article 13 of the Constitution states that: "... The military jurisdiction subsists for the crimes and offenses against military discipline; but military courts may under no conditions and due to no reason

whatsoever extend their jurisdiction over people that do not belong to the army. When a civilian is involved in a crime or offense of a military nature, the corresponding civil authority will hear the case.” The quest for the origin of military jurisdiction in Mexico is part of the historic Chapter. The next step was to compare the standards of military criminal jurisdiction with Mexican military framework.

CNCLUSION

Mexican military criminal jurisdiction system has to be reformed because its incompatibility with comparative law and international jurisprudence. The Mexican Armed Forces have been demanding a new framework to support their missions, particularly those against organized crime. The military criminal jurisdiction is an important issue for the military. It is politically convenient that military tribunals subsist. However a reform has to be conducted to make it coherent with the conventional and constitutional principles of the due process of law and the right to a fair trial, included in Article 8.1 of the American Convention of Human Rights.

KEYWORDS

Constitutional configuration (part of the Mexican Constitution that regulates the military jurisdiction); **military criminal jurisdiction** (the Constitution recognizes military jurisdiction when a member of the armed forces commits a crime while on duty); **times of peace** (regular institutional performance of the government); **Inter-American Court of Human Rights** (international court located in San Jose, Costa Rica; the ratification of the Court’s contentious jurisdiction was made on 1998) **Case Radilla-Pacheco v. Mexico** (The judgment stated that México is responsible for the violation of the rights to a fair trial and judicial protection, acknowledged by the American Convention on Human Rights and by the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons); **various 912/2010”** (file opened by the Mexican Supreme Court to comply with the Radilla judgment); **international standards military jurisdiction** (minimum, as strictly necessary, inspired on the principles and guarantees that govern modern criminal law).

RESUMEN

La sentencia pronunciada en el caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó a México por violaciones graves a los derechos humanos por hechos cometidos por el Ejército durante la “guerra sucia” en la década de 1970.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, asumió el compromiso por parte del Estado mexicano de darle cumplimiento a la sentencia de la Corte de San José. Se ordenó la apertura del expediente varios 912/2010. Su contenido da inicio a un cambio sin precedentes en el ejercicio de la función jurisdiccional. Interpretó la Constitución en el sentido de que todos los jueces del país, sin importar su ámbito competencial, debían realizar un control ex officio de convencionalidad y, por ende, de constitucionalidad.

Los estándares internacionales establecen que los tribunales militares deben de cumplir con los mismos principios que rigen a los órganos comunes de administración de justicia. La independencia, imparcialidad y objetividad debían respetarse por parte de los tribunales castrenses. Además, su ámbito competencial debía restringirse a efecto de evitar que tanto la Procuraduría General de Justicia Militar y los jueces militares y, en su momento, los consejos de guerra, resolvieran casos en los que se hubiesen violado los derechos humanos de los civiles. La sentencia del caso Radilla establece claramente que el fuero militar no puede ser juez y parte, cuando los integrantes de las Fuerzas Armadas violan los derechos humanos de la población civil.

La competencia de los órganos del fuero de guerra, debe ser restrictiva y abocarse al conocimiento de delitos de naturaleza estrictamente castrense. Cuando los jueces militares conozcan un asunto donde exista la posibilidad de que la conducta reprochada al justiciable produjo daños colaterales que afectaron derechos humanos de civiles, deben declinar la competencia en favor de la justicia federal o local, según corresponda.

Esta investigación tiene una estructura silogística. La premisa mayor consiste en una propuesta para construir una teoría general de la jurisdicción militar. Contar con un marco de referencia teórico para determinar los estándares aplicables a la materia, elaborado con base en las ideas, posturas, conceptos y definiciones que reflejen el estado actual del debate y conocimiento del fuero militar. La premisa menor es descriptiva del estado que guarda la jurisdicción militar en México desde la perspectiva del referente

teórico propuesto en el primer capítulo. La tercera parte de la investigación, presenta a manera de conclusión cuál debe ser el proceso de transformación de la justicia militar en México.

Es necesario que subsista el fuero militar, por cuestiones de orden político y de la conformación propia de las Fuerzas Armadas mexicanas y su relación con la autoridad civil. No es momento para asimilar completamente la justicia militar a la ordinaria, pero sí lo es para diseñar y llevar a cabo una reforma profunda que la ponga en sintonía con los estándares internacionales y satisfaga las necesidades de tutela judicial efectiva en favor de los integrantes de las Fuerzas Armadas.

INTRODUCCIÓN

La sentencia pronunciada en el caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inauguró en México, más que una época de cambios, un cambio completo de época. El episodio que le dio origen se había perdido en el olvido. Quienes vivieron y conocieron la turbulencia de los movimientos sociales desde 1968 hasta finales de la década de 1970, prefirieron olvidar; otros lucraron con ello y transformaron su vivencia pasada en su forma de vida presente. Los jóvenes ni siquiera registran los hechos como acontecimiento histórico. El combate a los movimientos guerrilleros que prosperaron en la sierra de Atoyac en el estado de Guerrero, generó violencia en uno y otro bando. Hubo desapariciones forzadas, tortura y las detenciones ilegales del ejército; pero también secuestros, extorsiones y asaltos por parte de los guerrilleros. Las Fuerzas Armadas intervinieron en el conflicto. No quedaba otro recurso para el gobierno de México. La orden fue terminar con el movimiento; la consigna no tener consideración alguna con los subversivos. Con su resolución la Corte Interamericana revivió viejas pasiones y trajo al presente un episodio perdido de la historia de México: la guerra sucia.¹

En la actualidad la lucha contra la delincuencia organizada y los carteles de la droga, suponen un gran desafío para el gobierno mexicano. De nueva cuenta intervienen las Fuerzas Armadas ; no quedaba otro recurso. Quizá la historia cansada de inventar se repite. Aunque las condiciones son diversas la esencia del problema es la misma. El Ejército y la Armada combaten a la delincuencia en un escenario urbano. Los delincuentes se mimetizan con la población. Resulta difícil saber dónde se esconden y cómo operan. No pocas veces reciben apoyo de la población donde se ocultan, unas veces por conveniencia otras por miedo. La actuación de las fuerzas militares evidentemente genera daños colaterales afectando a la población civil. El marco jurídico que regula las misiones militares es prácticamente inexistente. Las violaciones a los derechos humanos inevitables.

¹ El escritor Carlos Montemayor bautizó como guerra sucia al enfrentamiento entre el Ejército Mexicano y los movimientos guerrilleros de Lucio Cabañas, Genaro Vázquez y la Liga Comunista 23 de Septiembre. Las obras que se refieren a esos acontecimientos fueron “Madera” y “Guerra en el Paraíso”.

En ese contexto, el cumplimiento a la resolución Radilla por parte del Poder Ejecutivo era la gran oportunidad de reforzar a las instituciones de la República e informar al mundo que México era un país donde se respetan los derechos humanos y se acatan las resoluciones de los tribunales internacionales. La actuación del gobierno encabezado por Felipe Calderón fue decepcionante.

Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, asumió el compromiso por parte del Estado mexicano de darle cumplimiento a la sentencia de la Corte de San José. Hoy es célebre la resolución recaída al expediente varios 912/2010. Su contenido da inicio a un cambio sin precedentes en el ejercicio de la función jurisdiccional. Rompiendo un atavismo de casi ochenta años, la Suprema Corte interpretó la Constitución en el sentido de que todos los jueces del país, sin importar su ámbito competencial, debían realizar un control ex officio de convencionalidad y, por ende, de constitucionalidad. El control difuso otorga una mayoría de edad a jueces y magistrados de los poderes judiciales de los estados de la República. Autorizaba a dejar de aplicar las normas de su legislación local cuando fueran contrarias a la Constitución o a los tratados celebrados por México. Primero debían realizar una interpretación armónica, o como lo ha señalado la Corte, una interpretación conforme, a efecto de compatibilizar las normas locales con las disposiciones constitucionales y convencionales, todo ello en clave de máxima tutela de los derechos humanos. En caso de que la norma internacional o la constitucional otorgaran una mayor protección a los derechos humanos de los justiciables, estas debían aplicarse y aquellas que las contrariaran no.

Eso hubiese sido suficiente para considerar que esta resolución ha sido un parte aguas en la historia jurídica de México. Una postura de avanzada que trajo una ola de refresco y está fomentando la creatividad y el diálogo constitucional entre los jueces mexicanos y los jueces internacionales. Sin duda, ello empujará las fronteras del conocimiento en México y formará una nueva generación de juristas cuyas herramientas de trabajo serán la argumentación y la construcción de nuevos esquemas del derecho que lo pongan en sintonía con los principios internacionales de tutela de los derechos humanos.

En el contexto de esta resolución, el Estado mexicano fue condenado a modificar su legislación en materia de justicia militar. Los estándares internacionales sobre esta materia establecen que los tribunales militares deben de cumplir con los mismos principios que rigen a los órganos comunes de administración de justicia. La independencia, imparcialidad y objetividad debían respetarse por parte de los tribunales castrenses. Además, su ámbito competencial debía restringirse a efecto de evitar que tanto la Procuraduría

General de Justicia Militar y los jueces militares y, en su momento, los consejos de guerra, resolvieran casos en los que se hubiesen violado los derechos humanos de los civiles.

La sentencia del caso Radilla establece claramente que el fuero militar no puede ser juez y parte, cuando los integrantes de las Fuerzas Armadas violan los derechos humanos de la población civil. La competencia de los órganos del fuero de guerra, debe ser restrictiva y abocarse al conocimiento de delitos de naturaleza estrictamente castrense. Cuando los soldados o marinos violen derechos humanos en el cumplimiento de sus misiones, la acción penal en caso de proceder, deberá ejercitarse ante los tribunales ordinarios del fuero común. Cuando los jueces militares conozcan un asunto donde exista la posibilidad de que la conducta reprochada al justiciable produjo daños colaterales que afectaron derechos humanos de civiles, deben declinar la competencia en favor de la justicia federal o local, según corresponda.

La Corte mexicana cumplió bien y en tiempo con su trabajo. Declaró la inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar. Este dispositivo es el que establecía que los delitos cometidos por los militares en actos del servicio de las armas, serían de la competencia de los tribunales militares, con independencia de que hubiese víctimas u ofendidos que no tuvieran la condición de militares, es decir, de la población civil. La justificación de las autoridades castrenses sobre la aplicabilidad de este artículo radicaba en la reserva formulada por el Estado mexicano en todos los tratados multilaterales del sistema regional de protección de los derechos humanos. En consecuencia, se consideraba que legítimamente, los tribunales militares podían conocer y juzgar de casos donde hubiese víctimas u ofendidos civiles. A mayor abundamiento, los mandos militares señalaban que la justicia militar era mucho más eficiente que la civil. En las estadísticas mencionadas por el General Salvador Cienfuegos, Secretario de la Defensa Nacional se informaba que el 98% de las investigaciones iniciadas por la Procuraduría Militar, concluían con sentencia condenatoria. Recalcaba que había más eficiencia en las instancias militares y que la impunidad era prácticamente inexistente.

Por el contrario, varios sectores de la sociedad civil cuestionaban esta práctica. Consideraban que el fuero militar protegía a los integrantes de las Fuerzas Armadas y privilegiaba a la casta militar encubriendo violaciones graves a los derechos humanos. En su informe de 2009 la organización no gubernamental Human Rights Watch encabezó su informe ejecutivo con la siguiente frase:

“Cuando uno [se] juzga... uno siempre trata de encontrar justificación. [Los militares] trata[n], simplemente, de cubrirse unos a

otros.” (La viuda de un joven asesinado por soldados explica por qué duda que la justicia militar sea imparcial)²

En este complejo contexto de cuestionamientos respecto de la subsistencia o desaparición de la justicia militar, se enmarca este trabajo de investigación doctoral. La justicia militar y la configuración constitucional del fuero castrense se han convertido en un tema de la agenda nacional de México. En el debate se enfrentan dos visiones distintas de la realidad nacional. El sector militar está en el ojo del huracán. Los vientos soplan fuerte a su alrededor pero no lo tocan. Por este motivo seleccioné este tema para mi tesis doctoral.

Esta investigación tiene una estructura silogística. La premisa mayor consiste en una propuesta para construir una teoría general de la jurisdicción militar. Contar con un marco de referencia teórico es indispensable para determinar los estándares aplicables a la materia. Establecer una base con las ideas, posturas, conceptos y definiciones que reflejen el estado actual del debate y conocimiento del fuero militar. Este modelo permitirá conocer la posición doctrinaria de quienes han investigado y fijado su postura respecto a la jurisdicción penal militar, particularmente respecto a su configuración constitucional. La premisa menor es descriptiva del estado que guarda la jurisdicción militar en México desde la perspectiva del referente teórico propuesto en el primer capítulo. La tercera parte de la investigación, presenta a manera de conclusión cuál debe ser el proceso de transformación de la justicia militar en México. Es un ejercicio de prospectiva que pretende otear el derrotero de la institución castrense. Llama la atención que México es el único país de Iberoamérica cuyo secretario o ministro de defensa por determinación de la ley no puede ser civil sino militar. Aunque la Constitución no lo exige³, la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea y la similar de la Armada, disponen que el alto mando recaerá en el General o Almirante Secretario de la Defensa Nacional o de Marina. Por tradición, por conveniencia política y por disposición de la ley, los titulares de las secretarías de Defensa y Marina son militares en el activo. Asimismo este es el único país donde una secretaría de estado opera como cuartel general para las Fuerzas Armadas. Existe una identidad, es más una fusión de hecho entre la Secretaría de la Defensa

² Cfr. Human Rights Watch, “Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública”, Abril 2009 en <http://www.hrw.org>

³ El artículo 91 de la Constitución mexicana dispone: “Para ser secretario del Despacho se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en ejercicio de sus derechos y tener treinta años cumplidos.”

Nacional y el Ejército y Fuerza Aérea. Lo mismo ocurre entre la Armada de México y la Secretaría de Marina. Llama la atención el hecho de que en México no exista un “Estado Mayor Conjunto” que coordine las operaciones de las Fuerzas Armadas bajo un mando único. La razón de este modelo lo explicamos en el desarrollo de la tesis y establecemos la relación entre la configuración de la función militar a nivel constitucional con el esquema de jurisdicción militar adoptado por ese país.

Las relaciones civiles militares en México, han sido históricamente tensas. Detrás de la imagen de lealtad y eficiente subordinación a la autoridad civil, se han desarrollado diversos controles legales, otros reales y más aún, algunos de conveniencia, para mantener alejadas de la política y del ejercicio de la autoridad a los militares. En la tesis analizamos la naturaleza de los controles sobre las Fuerzas Armadas y concluimos que el fuero militar es un medio de control legal sobre estas. Otro control de la misma naturaleza, consiste en limitar a los militares en activo y en situación de retiro en el ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales. Básicamente, se pretende que sean leales, obedientes y estén alejados de la política. A quienes cumplan con las expectativas del mando y sobre todo de los grupos de poder, se les permitirá incursionar en ámbitos distintos al castrense.

En distinto epígrafe del primer capítulo, nos referimos a la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas. Analizamos los diferentes modelos que ofrece el derecho comparado y señalamos a cuál de éstos corresponde el adoptado por México. Asimismo, señalamos que la configuración constitucional de la función militar es determinante del esquema adoptado para mantener o suprimir la jurisdicción militar.

A partir de un ejercicio de derecho comparado principalmente en la región iberoamericana, pero sin soslayar al sistema anglosajón, ni a algunos países europeos, pudimos establecer las características comunes de la jurisdicción militar. Asimismo, las resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, han establecido estándares internacionales que permiten pergeñar categorías comunes para construir una teoría general sobre el particular.

Al distinguir el derecho disciplinario militar de naturaleza administrativa del penal, propondremos que su materialización legislativa se sustente en principios diferentes. El ámbito temporal de su aplicación también es considerado en la investigación. La jurisdicción militar se justifica, explica y comprende plenamente en tiempo de guerra, pero durante los períodos de paz, su alcance debe ser restrictivo y los civiles no pueden quedar bajo el ámbito de su competencia. Definir la temporalidad, paz o guerra, resultó particularmente difícil, toda vez que en la actualidad esos absolutos ya no se

presentan. Hoy en día es necesario hacer un escrutinio de las situaciones de emergencia o estados de excepción en los que las Fuerzas Armadas deben intervenir para mantener el orden institucional. Asimismo, las operaciones para el mantenimiento de la paz, de ámbito internacional, establecen la necesidad de una jurisdicción militar fuera del país de origen que, si bien está en paz, sus tropas acuden a escenarios de guerra o bien, a mantener una entente bajo el mandato de la Organización de las Naciones Unidas.

Finalizamos el primer apartado de esta tesis proponiendo un método para la construcción de escenarios para la organización de la judicatura militar y, desde luego, propusimos las características de cada uno de ellos. Existe una constante entre el respeto a los principios de independencia y autonomía de la función jurisdiccional con la organización de la judicatura militar. El modelo de justicia de mando se aparta casi por completo de los estándares internacionales sobre administración de justicia. Entre más apegada o asimilada esta la judicatura militar a la ordinaria o común, se observan con más claridad y contundencia los principios mencionados. Al confrontar los resultados de la investigación con el modelo adoptado en México, concluimos que en ese país la administración de justicia castrense está sometida al mando militar. No es evidente que se respete la independencia de los órganos del fuero militar y con ello su imparcialidad está en entredicho.

En el capítulo segundo nos referimos particularmente al caso de México, tema central de esta investigación. Siempre es recomendable en toda investigación conocer los antecedentes de la institución que se estudia. En este trabajo abordé el tema histórico con una perspectiva diferente. En efecto, en lugar de partir del antecedente más remoto y analizar su evolución hasta el estado actual, optamos por partir del presente y acudir en busca de su origen. Ello con base en la peculiar configuración de la justicia militar en México, que en el artículo 13 constitucional señala que esta “subsiste”. Contestando la pregunta desde cuándo subsiste, y descubriendo que todos los textos constitucionales vigentes en el México independiente utilizan la misma fórmula de “subsistencia”, encontré su origen en las Ordenanzas de San Lorenzo y en diversos decretos reales del siglo XVIII que regulaban diversos aspectos del fuero militar. El virreinato de la Nueva España, legó al México independiente el sistema de justicia foral y en este, el militar. Las consideraciones jurídicas respecto a la peculiar manera de constitucionalizar al fuero castrense permiten establecer que el orden jurídico regulatorio del fuero militar está compuesto por una serie de normas superpuestas, algunas de origen novohispano y otras de principios del siglo XIX, que se superponen y confunden entre sí, afectando con ello la seguridad jurídica de los justiciables militares.

Las particularidades del modelo de justicia militar centrada en el mando, fueron analizadas a continuación. En este epígrafe demostramos que la jurisdicción penal militar en México no cumple con los estándares internacionales y requiere de una urgente actualización constitucional y legal. La ausencia de una suficiente regulación constitucional trasciende a las instancias de investigación y persecución de los delitos castrenses. Estas carecen de sustento constitucional. A pesar de ello no se ha cuestionado su legitimidad. En efecto el procurador de justicia militar cuenta con un sustento legal pero carece de atribuciones constitucionales para investigar y perseguir delitos de esencia militar. Esto solamente lo puede hacer la Procuraduría General de la República y su institución causahabiente, la Fiscalía General de la República.

Finalizamos ese capítulo con el análisis de los estándares establecidos por el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como de las resoluciones de las autoridades judiciales mexicanas, observamos que la tendencia que marcan es hacia la construcción de un fuero militar de tipo funcional, con un ámbito competencial restringido estrictamente a la materia militar y donde se deben de respetar plenamente los derechos humanos de la población civil. Detectamos que respecto de los derechos humanos de los miembros de los institutos armados nada se menciona. Solamente se acepta en todas las legislaciones analizadas que el ejercicio del servicio de las armas, de toda necesidad, requiere de la limitación de los derechos fundamentales de los militares. Al respecto analizamos las constituciones de España y Alemania, pues consideramos que representan modelos diversos, ambos adecuados, para configurar constitucionalmente las limitaciones a los derechos fundamentales de los militares en el servicio activo.

En el último capítulo, analizamos el proceso de transformación de la jurisdicción penal militar en México. La necesidad de que subsista el fuero militar, se sustenta en cuestiones de orden político y de la conformación propia de las Fuerzas Armadas mexicanas y su relación con la autoridad civil. No es momento para asimilar completamente la justicia militar a la ordinaria, pero sí lo es para diseñar y llevar a cabo una reforma profunda que la ponga en sintonía con los estándares internacionales y satisfaga las necesidades de tutela judicial efectiva en favor de los integrantes de las Fuerzas Armadas.

Construí una propuesta para actualizar la redacción del artículo 13 constitucional. La configuración constitucional de la jurisdicción militar en México está regulada de forma arcaica e insuficiente. No acoge los estándares internacionales sobre la materia. Su actualización es urgente. Asimismo propuse un escenario deseable para organizar la judicatura castrense mexicana. Llevar a cabo esta transformación, sin duda es un tema más

complicado. Pero la labor del sector académico consiste en concientizar a las autoridades y a los operadores del cambio de la necesidad y pertinencia de éstos. Considero que fortalecer la legitimidad de la justicia militar y de sus órganos de impartición y procuración, abona a la institucionalidad castrense y refuerza al espíritu de cuerpo de las Fuerzas Armadas. También analizamos las reformas de 2014 relacionadas con la competencia de los tribunales castrenses. Anticipamos que fue insuficiente y no alcanza a satisfacer lo indicado por la sentencia Radilla que provocó la reforma.

El tema seleccionado para esta tesis doctoral es de profunda actualidad en el México contemporáneo. Los mandos militares urgen a la construcción de un marco jurídico adecuado para garantizar el cumplimiento eficiente de sus misiones, dentro de un esquema de legitimidad operativa que fortalezca la institucionalidad militar. Sería muy poco deseable que las fuerzas militares dejaran de cumplir adecuadamente con la prestación del servicio público de la defensa y seguridad nacional. También sería inconveniente que los militares fueran renuentes en el cumplimiento de las órdenes del mando al sentirse desamparados al ejercer su función. Al no existir un marco jurídico que legitime la acción de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz, las operaciones para el combate a la delincuencia organizada, de toda necesidad generarán daños colaterales que afectarán a la población civil.

El antecedente de la sentencia Radilla Pacheco es una advertencia para los militares de que al cumplir las órdenes de sus mandos naturales, pueden incurrir en responsabilidad penal por violaciones a los derechos humanos. No basta que la orden sea legítima. Sin un marco regulatorio de la actuación militar en misiones ajenas a su esencia, las violaciones a derechos humanos siempre estarán al margen de la ley. Tal fue el caso de Quiroz Hermosillo, quien comandaba el retén militar donde fue detenido Radilla Pacheco, entonces era un joven Teniente Coronel. Treinta y tres años después, ya como General de División enfrentó a la justicia por ese hecho. No le valió en su favor alegar que cumplía órdenes, toda vez que nada justifica la violación de los derechos humanos. Lo menos aceptable para el Estado mexicano sería contar con unas Fuerzas Armadas ineficaces y bloqueadas en su actuación por la ausencia de un marco normativo que brinde seguridad jurídica a sus integrantes.

Se trata de temas polémicos que seguramente detonarán un debate de orden académico. Son los espacios universitarios los propicios para que, sin estridencias ni posturas políticas, se analicen con serenidad estas cuestiones. Asimismo, son el lugar ideal para construir las propuestas de solución para que las autoridades mexicanas impulsen los cambios constitucionales y legales que materialicen sus propuestas.

La globalización del derecho y de los fenómenos sociales que son su espacio de acción regulatoria, permite aprender de la experiencia comparada. Lo que ocurre en México puede ser de utilidad para otros países, particularmente para aquéllos que comparten sus raíces culturales y su hispanidad. Espero que mi modesta contribución permita un mejor entendimiento del fenómeno militar en el siglo XXI y detone el debate necesario para construir el modelo jurídico castrense que México necesita.

CAPÍTULO I.

PROPUESTA DE UNA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El estamento militar debe estar sujeto a una normativa particular, determinada por la función que desempeña en la sociedad. Ello ha desarrollado un particular estilo de vida para los militares, matizado por la evolución política de los diferentes países. Sus variaciones históricas se reflejan en la necesidad de control de las Fuerzas Armadas¹ y sus necesidades específicas de defensa y seguridad nacional. Penetrar el mundo militar desde una óptica civil no es tarea sencilla; menos aún analizar sus instituciones desde una perspectiva jurídica.

La jurisdicción castrense, “*fuero militar*” o de “*guerra*”, es una de esas instituciones que llaman poderosamente la atención de los investigadores civiles. Se trata de una competencia jurisdiccional especial, aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas, con exclusión de civiles y limitada a hechos delictivos estrictamente de naturaleza militar. Se ha justificado en razón de la necesidad de disciplina, eficacia y eficiencia dentro las Fuerzas Armadas para facilitar el desempeño de las misiones que les han asignado a lo largo de la historia.

Pero, ¿será esto suficiente para justificar una excepción al derecho fundamental de acceso universal a la justicia? Las cuestiones que surgen y ameritan reflexión, parten de la pregunta siguiente: ¿Se justifica que los militares estén sujetos a una jurisdicción especial?

En caso de una afirmativa, ¿es diferente la justicia militar respecto de la civil? Su marco normativo ¿requiere una configuración constitucional particular o tiene el mismo fundamento que la legislación ordinaria?; ¿qué tan

¹ Bajo la denominación genérica de Fuerzas Armadas, se incluyen dos aspectos de una realidad única: los órganos superiores de la Defensa Nacional y los tres Ejércitos (tierra, mar y aire).

diferente debe ser?; ¿en qué medida corresponde a los civiles intervenir en la administración de justicia militar?; ¿Cómo funciona el sistema de justicia militar?; ¿Quiénes deben integrar sus órganos de procuración y administración de justicia?; ¿Podría extender su competencia para juzgar civiles?; ¿Qué tipo de conductas juzga?; ¿Su funcionamiento es diferente en tiempos de guerra con relación a los tiempos de paz?; ¿Dónde deben ubicarse los órganos del fuero militar?; ¿Cómo ha evolucionado en los últimos años y cuál es la tendencia al respecto?

Para dar respuesta a tan variadas cuestiones se necesita formular una teoría integral de la jurisdicción militar que parta de una configuración constitucional de la misma. Deberá ser armónica con las tendencias contemporáneas en materia de derechos humanos y las garantías de su efectivo cumplimiento. Se deben destacar los principios reguladores de las actividades que corresponden a las Fuerzas Armadas para establecer un marco delimitador de la jurisdicción militar. Será necesario también, definir la naturaleza de lo estrictamente castrense y establecer, con la mayor claridad posible, la distinción entre cuestiones disciplinarias y penales en materia militar. Sin mayores pretensiones, buscaremos señalar las grandes líneas que abonan hacia la construcción de una Teoría Constitucional de la Jurisdicción Militar.

Definir la naturaleza, esencia, principios rectores y ámbitos de aplicación de la justicia militar será el propósito del primer capítulo de esta tesis doctoral. Ello permitirá contar con un marco de referencia para confrontar el sistema de justicia militar mexicano y dar sustento teórico a las propuestas de reformas que se plantearán como resultado de esta investigación.

El punto de partida considera que las relaciones cívico militares, generan tensión. En cualquier latitud y aun en tiempo de paz, el control civil sobre las fuerzas de seguridad pública requiere de un diseño institucional que mantenga en orden y operando al estado democrático de derecho. La jurisdicción especial en materia militar es parte de este juego de equilibrios.

La regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, su naturaleza y misiones, también inciden en la configuración de la justicia militar. El grado de asimilación o distancia entre militares y servidores públicos civiles determina el modelo de jurisdicción adoptado por el país. Las variaciones al respecto han provocado nuevos escenarios de la justicia militar en el mundo. Sobre el particular propondremos una nueva sistematización de los modelos de justicia militar.

Los derechos humanos de los integrantes de las FUERZAS ARMADAS será otro de los tópicos que se abordarán en este capítulo. Es reconocido que los derechos humanos son universales, inalienables e irreductibles. Sin embargo la condición de militar implica una atemperación de éstos. En efecto, quienes prestan sus servicios en las corporaciones militares tienen un estatus de atemperación de sus derechos humanos. Lo anterior se explica por el régimen de disciplina al que están sujetos. La jurisdicción militar es ejemplo de ello, toda vez que es una excepción al principio de acceso universal a la justicia. El estudio de este tema merecerá especial consideración, ya que se vincula estrechamente con el ámbito objetivo de aplicación de la justicia militar que se refiere a lo estrictamente castrense.

Actualmente se debate sobre la desaparición, permanencia o reformas de la jurisdicción militar. Es frecuente que los argumentos y posturas sobre el particular reflejen posicionamientos políticos, más cercanos a la pasión que a la reflexión. Considero útil plantear una agenda del cambio para la jurisdicción militar a partir de los estándares internacionales que han sido definidos por los tribunales nacionales e internacionales.

Considero ampliamente justificada la necesidad de construir o al menos definir, las grandes líneas de una Teoría General de la Jurisdicción Militar. Sobre todo porque ha sido un tema abordado de manera aislada y no con un enfoque integral. Además los tratadistas consultados no ofrecen una visión de conjunto sobre el tema, pues solamente se limitan a una perspectiva local. En este sentido, el jurista norteamericano Eugene R. Fidell² señaló que,

“desafortunado pero innegable es el hecho que la jurisprudencia militar norteamericana haya mostrado tan poco interés en el desarrollo de los sistemas de justicia militar extranjeros.”³

En el mismo sentido Marcela Donadio⁴, refiere que la justicia militar es “un terreno poco explorado en la región (Latinoamérica), y escasamente

² **Eugene R. Fidell** es profesor invitado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale (Yale LawSchool); es cofundador y presidente del National Institute of Military Justice; miembro vitalicio del American Law Institute; miembro del Defense Legal Policy Board del Departamento de Defensa del gobierno de los Estados Unidos de América (Department of Defense); miembro del consejo directivo de la International Society for Military Law and the Law of War; profesor en Harvard (Law School) y en la American University Washington College of Law. Cfr. www.law.yale.edu/faculty/EFidell.htm

³ FIDELL Eugene R. y SULLIVAN Dwight H. “Evolving Military Justice”. Naval Institute Press 2002.

abordado desde la sociedad civil, que solía presentarse plagado de tecnicismos, provocando indiferencia o al menos aburrimiento. Pero que, sin embargo, hacía a los fundamentos del control civil y de una sociedad democrática.”⁵ Finaliza su reflexión indicando que “los códigos de justicia militar y los reglamentos disciplinarios contienen la normativa reguladora de la vida diaria de los integrantes de los cuerpos castrenses. Aproximarse a ellos y analizarlos permite comprender de un modo más profundo a las Fuerzas Armadas, así como reflexionar sobre la correspondencia de sus normas de conducta con el diseño legal de las sociedades en las que están insertas. La escasez de producción académica comparada sobre el tema, y la visión de que para afianzar el control civil de las Fuerzas Armadas y promover la institucionalización democrática es necesario contar con información y herramientas de análisis.”⁶

La justicia militar es un fenómeno de consideración global, toda vez que las Fuerzas Armadas comparten valores y principios universales. Los puntos de encuentro entre los diferentes ejércitos y armadas son frecuentes, independientemente del país de origen. La justicia militar también forma parte del interés común de las Fuerzas Armadas de cualquier parte del mundo. Como se demostrará a lo largo de esta investigación, la naturaleza de las faltas contra la disciplina militar, de los delitos castrenses y de los procedimientos jurisdiccionales encuentran más coincidencias que divergencias. La noción de lo estrictamente castrense es universal. Por ello la construcción de una teoría general que sienta las bases para el mejor entendimiento de este tema y pronostique su evolución será de gran utilidad, ya que mientras existan Fuerzas Armadas será de obligado estudio y consideración su disciplina y valores, aspectos ambos íntimamente ligados a la justicia militar.

Para conseguir el objetivo propuesto y plantear las grandes líneas para una teoría constitucional de la jurisdicción militar, iniciamos con la recopilación, análisis y categorización de las normas de rango constitucional referentes al tema. Se propondrán diversos modelos o sistemas de justicia

⁴ Cfr. www.resdal.org, **Marcela Donadio**: Doctora en Ciencia Política, Magíster en Ciencias Sociales (con mención en Sociología) y Licenciada en Ciencia Política. Es Secretaria Ejecutiva de la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). Profesora universitaria en Argentina, ha participado en proyectos de investigación sobre defensa y seguridad en América Latina y otras regiones del mundo.

⁵ DONADIO, Marcela, “La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia”, RIAL, Juan (compilador). RESDAL Red de Seguridad y Defensa de América Latina, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, RESDAL, 2010. Pág. 5 “Presentación”.

⁶ Ibid. pág. 7.

militar, con base en su desarrollo reciente. Lo anterior permitirá facilitar el entendimiento del tema, además de brindar una explicación a los principios que orientan la procuración y administración de justicia militar.

Ahora bien, atentos al dinamismo del tema, particularmente en México, pretendemos realizar un replanteamiento de la jurisdicción militar en clave de derechos humanos. Desencadenar un proceso que implica reconsiderar, cuestionar y retar toda suposición preexistente de la justicia militar, ejercitando un repensamiento crítico del tema. Finalmente intentaremos realizar un análisis prospectivo de la jurisdicción militar y pronosticar su desenvolvimiento en el corto, mediano y largo plazo.

La razón de ser de los órganos jurisdiccionales de los Estados consiste en cumplir en forma eficiente y correcta su principal misión: administrar justicia. Mantener el estado de derecho bajo el imperio de la ley, en el marco de los principios internacionales que lo determinan, es la aspiración de todo Estado democrático de derecho. El “imperio de la ley” es un concepto de origen anglo sajón, “Rule of Law”, configurado a partir del otorgamiento de la Carta Magna por el rey Juan “Sin Tierra”⁷, que se ha internacionalizado y aceptado como principio fundamental del derecho. Generalmente se entiende en el sentido de la primacía de la ley sobre cualquier otro principio gubernativo, especialmente contra la tiranía y la arbitrariedad del poder político. En este sentido se ha pronunciado el Secretario General de las Naciones Unidas en el Reporte sobre el Imperio de la Ley:

“Para las Naciones Unidas, el Imperio de la Ley es un principio de gobernanza en el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas o privadas, incluyendo al Estado mismo, están sujetas a la ley, debidamente promulgada y publicada, igualitariamente aplicada e independientemente ejecutada, y en concordancia con las normas internacionales sobre Derechos Humanos y sus estándares. Se requiere además, medidas para asegurar la adhesión a los principios de supremacía de la ley, igualdad ante la ley, responsabilidad frente a la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la toma de decisiones, seguridad jurídica, proscripción de la arbitrariedad y transparencia legal y procedimental.”⁸

⁷ Su origen se ubica a partir de la Carta Magna de 1215. Cfr. Rosenberg, Joshua. *Magna Carta in the Modern Age*; en *Magna Carta, Law, Liberty, Legacy*. Librería Británica 2015; p. 209. “Magna Carta is a world-class brand. It stands for human rights and democracy. It stands for trial by jury. It stands for free speech, **the rule of law** and personal liberty.”

⁸ Cfr. Organización de las Naciones Unidas. *Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*: “For the United Nations,

Ahora bien, en una aproximación apriorística y provisional, observamos que la jurisdicción militar especializada, no cumple con los principios propalados por la Organización de las Naciones Unidas. En efecto, constituye una excepción al derecho fundamental de acceso universal a la justicia. Los ciudadanos que adquieren la calidad de militares, resienten una atemperación de sus Derechos Humanos, toda vez que los principios de disciplina y eficiencia de las Fuerzas Armadas, así lo exigen. Los órganos de impartición de la justicia castrense, no necesariamente se ubican en sede judicial, ni son independientes. En suma hay diversas características que separan a la justicia ordinaria o común de la castrense, en cuanto a sus fines, objetivos o resultados. Ello es así toda vez que con la justicia militar se pretende mantener un espíritu de cuerpo, sostener la disciplina, reforzar la escala de mando y mantener un nivel de excelencia y eficiencia en el cumplimiento de las misiones. Es sin duda mucho más exigente y severa en cuestiones penales o disciplinarias respecto del ámbito civil. La administración de justicia. Bajo estándares civiles, es un objetivo subsidiario para la jurisdicción militar.

Entonces si la administración de justicia no es la principal meta de la jurisdicción militar, ¿cuál será esta? No debemos soslayar que la naturaleza propia de las Fuerzas Armadas las ubica como instituciones apolíticas, obedientes y no deliberantes. A éstas les corresponde la prestación del servicio público de seguridad nacional, el de mayor relevancia para todo Estado, ya que si éste no se brinda con eficiencia y eficacia, su existencia misma se ve comprometida, afectando con ello las demás funciones a su cargo.

Debemos buscar cuáles son los fines meta jurídicos que justifican la existencia de una jurisdicción militar especializada. Este deberá ser el primer aspecto a considerar para la construcción de una Teoría General de la Jurisdicción Militar. En efecto, determinar cuál es la naturaleza y función de dicha jurisdicción especial, permitirá una mejor comprensión del tema que nos ocupa.

Sostenemos que se trata de un medio de control legal e institucional sobre las Fuerzas Armadas. Demostraremos esta afirmación. Para ello

the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency." <http://www.un.org/en/ruleoflaw/>

analizaremos la relación civiles militares y los controles existentes sobre las Fuerzas Armadas, no solamente los de tipo legal, sino también los reales y aquéllos basados en un encuadramiento de conveniencia recíproca. Ambos aspectos están sujetos a las tensiones propias de la interacción de factores políticos y de poder real, así como a la percepción de la sociedad civil y al escrutinio permanente de los medios de comunicación. De ello deriva la dificultad en el desarrollo de un marco constitucional adecuado para la jurisdicción militar.

También sostendremos que los modelos de configuración constitucional de las Fuerzas Armadas, determinan la subsistencia del sistema de justicia militar o su asimilación al fuero común o justicia civil. Asimismo cuando se mantiene el fuero militar, el modelo que se adopta, es una consecuencia directa de la naturaleza jurídica reconocida a las Fuerzas Armadas.

Observaba Samuel P. Huntington, “los militares políticamente débiles constituyen una amenaza de intervención; los militares políticamente fuertes dejan un legado de privilegios”.⁹ Como en todo, el equilibrio es medular en la construcción institucional y desarrollo de los controles de facto sobre los institutos armados y sus integrantes. En este sentido la jurisdicción militar en su doble aspecto, disciplinaria y penal, es un instrumento que otorga legitimidad a la justicia de mando y permite construir un marco normativo castrense especializado.

El fuero militar es visto como un legado de generaciones de militares que han mantenido una posición preponderante como factor real de poder. En México particularmente la configuración constitucional del fuero militar ha permanecido inalterada desde fines de la época virreinal hasta el presente. En la Constitución vigente de 1917, el total de reformas y adiciones constitucionales al 10 de julio de 2015 es de seiscientos veintinueve.¹⁰ El artículo 13 constitucional, marco normativo del fuero de guerra, no ha tenido reforma alguna. Aun en los países donde ha desaparecido la jurisdicción administrada por militares, permanece una legislación especializada sobre la

⁹ HUNTINGTON, Samuel P. “Reforming Civil-Military Relations”, in Larry Diamond and Marc F. Plattner, editors, *Civil-Military Relations and Democracy*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 10. Traducción de la cita: “the threat of military intervention comes from militaries that are politically weak; the legacy of military privilege comes from militaries that are politically strong”

¹⁰ Cfr. El portal electrónico de la Cámara de Diputados presenta el total de reformas y adiciones a la Constitución. Véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_art.pdf

materia. La jurisdicción militar como esquema de control sobre las Fuerzas Armadas no debe permanecer inalterable.

En casos de que surjan cuestiones que tensen las relaciones civiles militares o bien que la opinión pública cuestione la actuación de los militares, el marco regulatorio castrense debe proveer tanto seguridad al instituto armado como a sus integrantes individualmente considerados. No debemos soslayar que el sector militar es la manifestación más evidente del poder del Estado. Por lo mismo es muy sensible cualquier ataque que resienta institucional o individualmente. Hoy en día la clave de la legitimidad son los Derechos Humanos. Este esquema debe aplicarse al estamento militar en una doble vía. En primer término toda corporación armada, como ente monopólico del Estado en el uso de la fuerza, debe respetar los Derechos Humanos de la población. Por otra parte no se deben ignorar los Derechos Humanos que en lo individual tienen los militares profesionales.

El clásico autor sobre temas militares, Karl von Clausewitz, señaló que “la política es la facultad inteligente, la guerra es sólo un instrumento y no a la inversa. La subordinación del punto de vista militar al político, es en consecuencia lo único posible. La guerra es la continuación de la política por otros medios. La guerra es pues un acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad.”¹¹

La justicia militar no debe ser un instrumento de la política ni estar sujeta a los avatares de la lucha por el poder. Debe evolucionar de una justicia de mando a un modelo tutelar de los derechos fundamentales con base en un marco normativo castrense adecuado. No obstante lo anterior, no debemos soslayar la condición de factor real de poder que tienen las Fuerzas Armadas. No se trata de una institución pública sujeta a una regulación ordinaria sino que su estructura, objetivo y misiones le otorgan características especiales. Adicionalmente, la atemperación de los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas requiere de un marco normativo constitucional adecuado, así como de órganos de procuración y administración de justicia especializados. En efecto, quienes los integren deben conocer la vida militar y sus exigencias profesionales, además de ser peritos en derecho.

Todas estas exigencias debe atender la legislación jurisdiccional castrense, para operar como un adecuado control institucional y legítimo de las Fuerzas Armadas.

¹¹ CLAUSEWITZ, Karl von. “De la Guerra”. Título original en alemán “Vom Kriege”. La Esfera de los Libros, S.L., 2005. Pág. 17.

Hemos sostenido que el fuero militar debe ser operado como medio de control legal sobre las fuerzas armadas. En los siguientes apartados de este trabajo de investigación doctoral lo demostraremos.

A. EL FUERO MILITAR HA OPERADO COMO MEDIO DE CONTROL LEGAL SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS

Abordaremos el tema de los controles sobre las Fuerzas Armadas respondiendo a tres cuestionamientos básicos: ¿Por qué debemos controlarlas?; ¿qué se debe controlar? y ¿cómo se puede lograr un control efectivo? Como conclusión estableceremos si la jurisdicción militar especializada constituye un control sobre las Fuerzas Armadas en un Estado democrático de derecho.

Existe unanimidad respecto a la necesidad de controlar a las Fuerzas Armadas. “Hay realidades innegables: Los militares existen; tienen poder y constituyen un grupo de presión eficaz sobre los órganos de un gobierno. Por ello es necesario mantenerlos dentro de un sistema que asegure su subordinación a las autoridades legítimas”.¹²

Los militares constituyen un factor real que puede ejercer presión eficaz sobre las instancias de gobierno y sobre cualquier organización de tipo civil, sea pública o privada. El espíritu de cuerpo, la unidad de doctrina y el sentido de pertenencia, otorgan a las Fuerzas Armadas una fachada de potencial amenaza para la sociedad civil. Morris Janowitz afirma en el clásico estudio sobre el soldado profesional:

“Suponer que los militares no forman un grupo de presión eficaz sobre los órganos de un gobierno, es incurrir en un error político...”¹³.

El estamento armado históricamente ha generado recelo y desconfianza al mundo civil. En opinión de, Jacinto Santa María “los desencuentros entre civiles y militares surgen por la desconfianza recíproca debida

¹² SANTA MARÍA, Jacinto. “Precisando el verdadero sentido y alcance del control civil sobre las Fuerzas Armadas”. Instituto Paraguayo de Estudios Estratégicos (IPAAE), 7 de agosto del 2002, pág.1.

¹³ JANOWITZ, Morris. “El Soldado Profesional”. Madrid, Ministerio de Defensa, 1990, pág. 89.

fundamentalmente a los prejuicios que condicionaban la forma en que ambos estamentos se veían entre sí, principalmente durante regímenes autoritarios.”¹⁴

En opinión de Louis W, Goodman, “los militares pueden perseguir en forma tan implacable sus intereses institucionales que parecen competir directamente por el poder con los partidos políticos. Habida cuenta de que constituyen la institución más grande, con mayores recursos y mejor organizada en la mayoría de los países, los militares tienen una tremenda capacidad de servir a sus intereses si así lo deciden. Aunque puede ser difícil para ellos mantener el apoyo popular y la legitimidad requerida para hacer esto en forma abierta por períodos prolongados, pueden causar grandes daños al establecimiento de la democracia cuando persiguen intereses propios, o intimidan o bloquean abiertamente a sus rivales”.¹⁵

En la obra clásica de Ferdinand Lasalle, se menciona: “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son la fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son.”¹⁶ Hay ciertos factores reales de poder, que por su especial naturaleza e importancia histórica inciden en el desarrollo constitucional de un estado. La estabilidad política de éste, dependerá de la efectividad de los controles de hecho y de derecho que encaucen su actuación y en caso de desequilibrios, maten sus excesos y los devuelvan a los límites institucionales fijados por la Constitución.

Samuel P. Huntington sostenía que la existencia de Fuerzas Armadas en la sociedad generaba un imperativo funcional, que surge de la necesidad de contar con el militar para que se encargue de su defensa, y otra de imperativo social que surge de la necesidad que tiene esa sociedad de convivir con él. El imperativo funcional está resuelto en las Constituciones, que establecen en general que las Fuerzas Armadas existen y deben cumplir ciertos roles. En consecuencia, lo que debemos hacer es concentrarnos en el segundo imperativo que señala Huntington, que surge de la necesidad social de

¹⁴ SANTA MARÍA, Jacinto. Op. cit. pág. 3.

¹⁵ GOODMAN, Louis W. “Relaciones entre civiles y militares en la era posterior a la guerra fría”. USIS, Vol. 2, N° 3, Julio de 1997. <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0797/ijds/ijds0797.htm>

¹⁶ LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Ediciones Coyoacán, Decimoprimer reimpresión, México 2004, Pág. 45

convivir con ellas, estableciendo las condiciones que regirán el relacionamiento de cada sociedad con sus militares.¹⁷

1. Naturaleza de los Controles sobre las Fuerzas Armadas

Es precisamente el marco jurídico constitucional el que brindará legitimidad al ejercicio del poder público en el estado contemporáneo. Se descarta cualquier otra forma de legitimidad que no sea la legal, toda vez que la legitimidad tradicional o la carismática, han probado ser fuente de desequilibrios políticos y sociales, particularmente en México e Iberoamérica.

Los factores reales de poder que más han influido en el desarrollo político de muchos países, particularmente México, han sido las Iglesias¹⁸ y las Fuerzas Armadas¹⁹. En ese sentido Wright Mills, en su obra “La Élite del Poder”, menciona la existencia de una pequeña pero poderosa élite dirigente que controla los principales recursos del poder, remarcando el determinismo militar y político de dicha élite. Los militares son parte de esa élite junto con otros grupos de las burocracias políticas.²⁰

Como factor real de poder, las Fuerzas Armadas, deben encontrar su espacio dentro de las instituciones constitucionales. Es preciso racionalizar su configuración constitucional, a efecto de incorporarlas a las tareas de gobierno y controlar posibles tentaciones para actuar en política o bien aliarse a la creciente acción de la delincuencia organizada. Citando al maestro Elisur Arteaga Nava:

“En México quien con mayor frecuencia ha conjurado contra los grupos gobernantes y quien lo ha hecho con mayor éxito, ha sido el

¹⁷ Cfr. HUNTINTONG, Samuel P. El Soldado y el Estado, teoría y política de las relaciones cívico militares. Grupo Editor Latinoamericano. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, 1995. Pág 45.

¹⁸ El término “Iglesias”, se utiliza en este caso en particular, a efecto de englobar a todas las creencia religiosas que de manera organizada se practican. Sin duda la iglesia católica ha sido la que mayor influencia ha tenido en el desarrollo político del México independiente, sin embargo no hay que ignorar la influencia y poder de otras comunidades religiosas en nuestro país, tales como la judía, la ortodoxa griega y de manera considerable, sobre todo en el sur de México, las diversas sectas cristianas protestantes.

¹⁹ Recordemos que en la antigua Roma, Julio César cruzó el Rubicón y marchó con su ejército provincial, deponiendo la autoridad y poder del Senado y sentando las bases de un imperio bajo su indiscutida autoridad, pero apoyado por las Fuerza Armadas.

²⁰ Cfr. MILLS, Wright C.; La Élite del Poder, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

ejército, es natural que así sea; quien tiene conciencia de que, dada su capacidad, puede ejercer el poder directamente, difícilmente de motu proprio, se hace a la idea de que tenga que actuar como instrumento de otro o compartir el poder. Ha sido necesario regular la estructura y funcionamiento del ejército de tal manera que sea un elemento confiable en lo interno y externo; un eficaz instrumento de represión. Ha sido preciso convencerlo por la persuasión, la fuerza y a través de comprometerlo con el estado de cosas existentes de que su función es de represión y de defensa de la clase gobernante. Se le ha convencido, cuando menos hasta ahora, y en los niveles jerárquicos que cuentan, de que nada tiene que ganar en una conjuración y sí mucho que perder.”²¹

El sociólogo alemán Max Weber, definió al Estado como "*aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima*".²² Esta se materializa mediante órganos estatales especializados y diferenciados, como lo son las Fuerzas Armadas y los cuerpos de policía que, ejercen sus funciones con las limitaciones necesarias, a efecto de preservar el respeto a los Derechos Humanos de los gobernados y con ello hacer prevalencia del estado de derecho. De allí que no puede menos que concluirse en la importancia de que los órganos del estado que hacen efectivo su poder, a través del uso de las armas, se encuentren debidamente regulados en sus atribuciones y sometidos al necesario control que permita la persecución de las responsabilidades respectivas en caso de abuso o arbitrariedad. Las instituciones del estado deben estar al servicio de la población y su finalidad es promover el bien común, para lo cual deben contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos humanos.

Para Karl Loewenstein²³, lo que caracteriza a un sistema político y le permite diferenciarse de otro es precisamente la "*existencia o ausencia de controles, su estabilidad y eficacia, su ámbito e intensidad*". Continúa el autor referido, puntualizando que la realidad del proceso político es precisamente la que permite agrupar y valorar las formas de gobierno y los sistemas políticos

²¹ ARTEAGA NAVA, Elisur, "Las Conjuraciones", en Revista de la Escuela Libre de Derecho, año 2 número 2, México 1978, pág. 168.

²² WEBER, Max; "El Político y el Científico". Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 83.

²³ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, Teoría De La Constitución, Editorial Ariel, Barcelona 1979; págs.50-54.

subyacentes de un modo realista y esencial. Esta visión pragmática del constitucionalismo, en consideración del autor citado, establece que la libertad de los destinatarios del poder queda garantizada por el control de los detentadores del mismo. Sustancialmente postula que el *“Thelos” o fin de una constitución consiste en crear instituciones que controlen ejercicio del poder político durante todo el proceso de su desarrollo*²⁴. En consecuencia, siendo la finalidad de toda constitución la creación de instituciones para limitar el ejercicio del poder, particularmente el uso de la violencia legítima del estado, de toda necesidad, regular a nivel constitucional a las Fuerzas Armadas, contribuye a reforzar la finalidad propia de la carta fundamental, en orden a la limitación del poder.

Desde una perspectiva de pragmatismo político, los fundadores de los Estados Unidos de América debatieron sobre la necesidad y conveniencia de Fuerzas Armadas permanentes, temerosos de que un ejército regular fuese una potencial amenaza para la naciente república. Fue célebre la confrontación entre Federalistas y Republicanos, Samuel Adams enfrentado a Tomás Jefferson. La esencia del debate consistía en el diseño institucional de las Fuerzas Armadas, frente a las necesidades de defensa respecto de potencias extranjeras y ataques de tribus indígenas hostiles. John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos de América dijo: *“Aun cuando existe la necesidad de contar con el poder de las fuerzas militares en la tierra... un pueblo sabio y prudente siempre las contempla con una mirada vigilante y recelosa”*²⁵ Thomas Jefferson, su tercer presidente, recelaba de un ejército permanente, pero aceptó la realidad de que su país debía tenerlo, incluso auspició la creación de la academia militar de West Point.²⁶

El diseño constitucional americano fue pionero en el establecimiento de controles institucionales para las Fuerzas Armadas. Los llamados *“military check and balance”*²⁷ (pesos y contrapesos en materia militar o balance

²⁴ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría De La Constitución”, Editorial Ariel, Barcelona 1979; págs.53

²⁵ MCPHERSON, James M. “To the Best of my Ability, The American Presidents”. Ediciones de The Society of American Historians. Dorling Kindersley editions, Nueva York, E.U.A, 2001.Págs. 24-25.

²⁶ Idem. Págs. 28-30.

²⁷ Cfr. HUNTINTONG, Samuel P.. El Soldado y el Estado, teoría y política de las relaciones cívico militares. Grupo Editor Latinoamericano. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, 1995. Pág 186.

militar), tienen el propósito de prevenir excesos que pudiesen derivar en un monopolio absoluto del control de las Fuerzas Armadas por el gobierno nacional. La constitución americana dividió los poderes entre las ramas ejecutiva y legislativa. La facultad de declarar la guerra, establecer las reglas para el gobierno y regular a los oficiales militares, movilizar a las milicias estatales y autorizar asignaciones militares fue dada al Congreso. Como “Comandante en Jefe” el presidente de los Estados Unidos, estaba obligado a ejecutar las reglas que el Congreso dictaba en materia militar y controlar los gastos de este ramo. Este sistema horizontal de "military check and balance" a nivel federal fue complementado con un sistema vertical de balance de las fuerzas militares del gobierno nacional con milicias controladas por los estados. Los estados tenían el derecho a designar oficiales de la milicia local y entrenarla de acuerdo a la disciplina prescrita por su legislatura local.²⁸

Las milicias estatales evitan que el gobierno federal tenga la supremacía del monopolio militar. Por esta razón, crearon un balance militar que, como explicó James Madison, consistía en lo siguiente: *"Permitan que un ejército regular, de acuerdo a los recursos del país, sea formado; y permítanle estar enteramente a disposición del gobierno federal; aún eso no sería ir tan lejos para decir que los gobiernos estatales con la gente (milicia) de su lado, serían capaces de repeler el peligro."*²⁹ Como apunta Ruiz de Tagle, “además, erosionando el poder de una única, centralizada y monopólica organización militar, y fomentando el establecimiento y coexistencia de las organizaciones militares nacionales y estatales, aseguraron la supremacía civil.”³⁰

Este debate sobre el control de los institutos armados se ha realizado en toda asamblea constituyente. Samuel P. Huntington sostiene que el conflicto se relaciona directamente con los efectos de las dos fuerzas generadas como resultado de la existencia del militar en la sociedad. Una de imperativo funcional, que surge de la necesidad que tiene la sociedad de contar con el

²⁸ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “La Subordinación del Poder Militar al Poder Civil”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, páginas 2-3.

²⁹ WHITE, H. “Executive Influence in Determining the Military Policy in the United States”, p 15

³⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “La Subordinación del Poder Militar al Poder Civil”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, página 3.

militar para que se encargue de su defensa, y otra de imperativo social que surge de la necesidad que tiene esa sociedad de convivir con él.³¹

Para ser prácticos, diremos que el tema del imperativo funcional está resuelto en las Constituciones de la mayoría los países, que establecen en general que las Fuerzas Armadas existen y deben cumplir ciertos roles. En consecuencia, lo que debemos hacer es concentrarnos en el segundo imperativo que señala Huntington, que surge de la necesidad social de convivir con ellas, estableciendo las condiciones que regirán la interacción de cada sociedad con el estamento militar.

Debido precisamente a la necesidad de mantener a los militares bajo “vigilancia”, dada su potencial capacidad fáctica para tomar el poder político o influir decisivamente en sus decisiones por medio de presiones como cuerpo armado, se hizo necesario crear ciertos mecanismos que permitieran mantener a las fuerzas militares dentro de un sistema que asegurara su subordinación a la autoridad del gobierno electo por el pueblo.

En opinión del destacado constitucionalista mexicano Elisur Arteaga Nava, “la Constitución mexicana es un instrumento de poder; es un documento que, antes que otra, tiene la función de permitir la acción gubernativa, considerada como el acto de mandar y ser obedecido; la de evitar que el grupo en el poder se vea desplazado de él; en una palabra: proporcionar seguridad al gobernante; éstas, no otras, han sido y son sus funciones y objetivos. La crónica de sus reformas es, en gran parte, la crónica del proceso de consolidación en el poder que culmina al lograr un reducido grupo el monopolio del aparato represivo. El poder es indivisible; no se comparte; el grupo que lo detenta no puede permitir que en lo interior alguien le niegue sumisión o que, llegado el caso, estuviese en posibilidad de responder con violencia la fuerza que pudiera llegar a ejercer. Con providencias político-coactivas y reformas al texto constitucional se ha alcanzado plenamente el objetivo”.³²

La reflexión anterior, nos conduce a afirmar que el grupo en el poder usa a discreción ese instrumento que es la Constitución, gobierna con él, sin él y en no pocos casos contra él. Lo moldea y adapta a sus necesidades y

³¹ HUNTINTONG, Samuel P. “Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles-militares en teoría.” En: *La institución militar en el Estado contemporáneo*. Rafael Bañón & José Antonio Olmeda. Alianza. España, 1985. Pág.123.

³² ARTEAGA NAVA, Elisur, “Las Conjuraciones, Una interpretación política de la Constitución” en *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, año 2 número 2, México 1978, pág. 167.

requerimientos; no permite que su texto dificulte su acción. La marcha gubernativa no admite obstáculos en su cauce. La Constitución no puede ser un elemento que reste velocidad, debe ser un instrumento que justifique las acciones y pretensiones de los grupos dominantes y de los factores reales de poder. Toda forma constitucional existe en función del interés público, la salud colectiva, seguridad nacional, la dignidad patria, en resumen, en función del ejercicio del poder. Incluso los derechos individuales, sociales, económicos existen y coexisten por cuanto facilitan la acción gubernativa. En efecto, no ha habido reforma constitucional que no tienda a ampliar el campo de acción del Estado mexicano en detrimento del individuo. Aun aquellas reformas que pretenden conceder derechos a la colectividad, en el fondo o sólo aumentan el campo discrecional del estado o hacen que éste sea su único dispensador.

Las medidas tomadas para alcanzar el monopolio del poder excluir y absorber a factores reales de poder, controlar los focos de inestabilidad, imponer un determinado modelo de desarrollo económico, han sido principalmente político-coactivas, pero muchas de ellas han trascendido al campo jurídico constitucional positivo. Se trata de la aplicación práctica del principio maquiavélico de la razón de estado. Por ello, no debemos perder de vista que a los textos constitucionales pudiera corresponder un sinnúmero de interpretaciones y éstas partir de puntos de vista diversos y definidos: el jurídico, el económico, el histórico, el social. Pero, ante todo, los textos son políticos, por lo que su interpretación debe hacerse tomando en consideración el ejercicio del poder. Una interpretación que parta de tal premisa será real, exhaustiva y auténtica. Caben otras interpretaciones, pero los resultados a obtener pudieran ser parciales, inexactos o irreales.

Durante el siglo XIX y principios del XX, en varios países particularmente México, la única vía para alcanzar el poder y también de perderlo, era la conjuración³³, término utilizado en este trabajo en su acepción

³³ El término “conjuración”, se adopta siguiendo la definición del maestro Elisur Arteaga, como: “Todo acto o hecho realizado más o menos con sigilo, con la intención de crear inestabilidad, tenga o no por objetivo alcanzar el poder. De una u otra forma todas las acciones enderezadas contra el estado o grupo en el poder quedan comprendidas en el término genérico de CONJURACIONES: golpes de estado, revoluciones, asonadas, cuartelazos, revueltas, motines, atentados, etc. El término no ha perdido su vigor no obstante su prolongado uso. Bajo el título de: “Las Conjuraciones”, Maquiavelo, en 1513, en sus Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio, hizo un magistral análisis del por qué el hombre se rebela y de cómo pueden los gobernantes precaverse de los peligros inherentes a la función de gobernar y de cómo conjurar con éxito y con menos riesgos. Así el término se usa en su amplia acepción maquiavélica”. En ARTEAGA NAVA, Elisur, Maquiavelo: estudios jurídicos y sobre el poder, Oxford University Press, México, 2000, pág. 5-10.

amplia y general, tal como la define el maestro Elisur Arteaga Nava. Los detentadores del poder nunca renunciaban voluntariamente a él y rara vez acababan por muerte natural con el poder en las manos. Las normas constitucionales existentes, en términos generales, son una reminiscencia de ese temor a las conjuraciones.

Las conjuraciones son fenómenos socio-políticos, objetivos, susceptibles de un estudio científico, como lo son muchos otros. El considerarlas no implica ni hacer su apología ni detractarlas. En forma periódica en toda sociedad se hace necesaria una acción, pacífica o violenta, que procure un reacomodo de los diferentes elementos humanos y económicos y procure un nuevo orden jurídico. Se hace necesario un movimiento que procure nuevas costumbres o formas de concebir la vida en sociedad. Es tan propia en el hombre tal inclinación que en la empresa no le importa sacrificar su propia vida y en todo ello no está ajena la pasión del poder.

Por virtud de la acción de las clases gobernantes y el tiempo, algunos factores de inseguridad y de conjuraciones desaparecen; otros subsisten bajo control; otros están en vías de serlo. Las sociedades secretas, asociaciones de profesionistas o los gremios, gobernadores de los estados, secretarios de estado, diputados, senadores, ministros de la corte, han dejado de ser elementos de inestabilidad. Pero las Fuerzas Armadas, a pesar de todas las providencias tomadas no han dejado de ser elementos que, dada su influencia y poder en determinados momentos, pueden ser factores de inseguridad. Han surgido nuevas fuentes de inestabilidad que no existían hasta hace poco tiempo, como las empresas transnacionales y los grupos económicos nacionales, los que han llegado a cuestionar la acción gubernativa. Especial mención debe hacerse de la delincuencia organizada, cuyo desafío creciente al Estado ha requerido el empleo a fondo de sus recursos para contenerla. Para los factores emergentes de inestabilidad, será preciso buscar nuevos controles.

Una conjuración que triunfa no toma el poder en un solo acto, lo que es más, no se puede decir que lo llegue a alcanzar en forma total y absoluta. Sólo se puede aspirar a lograr un control efectivo y éste sólo se logra con el tiempo y por el uso indistinto de la violencia y la persuasión. El proceso de consolidación, en el mayor de los casos, es lento. Siempre existen factores que de una u otra forma obstaculizan la acción gubernativa de la facción triunfante o pretendan compartir el poder desde su particular punto de vista y en una proporción mayor a la que el grupo en el poder esté dispuesto a aceptar o reconocer.

Hay una relación directa entre la proximidad de ascenso al poder y la acción legislativa del grupo triunfante. Al principio las normas represivas y que tienden a afianzarlo prevalecen sobre cualquier tipo de interés jurídico.

Cuando se tiene la certeza de haberse consolidado comienzan a expedirse y a prevalecer las disposiciones de tipo administrativo, que no tienen por objeto directo la conservación del poder y la represión de las conjuraciones. Toda conjuración triunfante para consolidarse ha requerido de un cuerpo de leyes; es impolítico ejercer el poder al margen del derecho. Es preciso legalizar la violencia. La represión es negativa, la ejercida al margen de la ley es peligrosa, pero no lo es tanto cuando se presenta como consecuencia lógica de la violación de una norma, en un procedimiento seguido ante autoridad judicial. Un nuevo grupo en el poder se consolida en él cuando la opinión pública acepta su binomio: fuerza-derecho, es decir cuando acepta como natural su represión jurídica.

Dada la complejidad de los instrumentos bélicos modernos, los civiles, por más pertrechos que posean y ciencia sobre su manejo, serán siempre improvisados y estarán en una posición inferior comparados con el ejército regular. Siempre tendrán conciencia de que el manejo de las armas no les es propio o que al ejercitarse en su manejo se estará actuando al margen de la ley. El ejército tiene a su favor el aparato económico del estado y libertad para ejercitarse libre y legalmente. Un civil que conjure ya no puede contar a su favor con la ventaja de antaño de la lejanía y falta de comunicaciones. Lo que es más, con los modernos medios de aprovisionamiento, es inútil que se pretenda neutralizar los medios de comunicación a fin de procurarse tiempo para que prospere una rebelión. Los civiles que pretendan conjurar deberán buscar nuevos mecanismos de acción para lograr sus objetivos. La resistencia civil y la obstrucción de la vida diaria de las instituciones, podrían ser las nuevas avenidas por donde transiten sus conjuraciones. Sin embargo, de toda necesidad, habrán de requerir la complicidad, la anuencia o bien el apoyo de las Fuerzas Armadas para lograr su objetivo.

El General Álvaro Obregón, autor de célebres frases que reflejan la picaresca mexicana y dejan conocer la idiosincrasia de su pueblo, dijo:

“Los tres grandes enemigos del pueblo mexicano han sido: el capitalismo, el clericalismo y el militarismo. Nosotros (los militares) podemos acabar con el capitalismo y el clericalismo; pero, después, ¿quién acabará con nosotros?”³⁴.

Ha quedado suficientemente demostrado que se debe ejercer un control sobre las Fuerzas Armadas por las instituciones civiles de un estado.

³⁴ VILLALPANDO, José Manuel, Los Presidentes de México, Editorial Planeta, México 2001, pág. 166.

Atendiendo las posturas de los autores citados y nuestra propia consideración, el referido control debe tener una institucionalidad de rango constitucional.

La figura del control civil, en opinión de Samuel P. Huntington, “ha sufrido el castigo del consenso.....Nadie, ni civil ni militar, jamás se opone al control civil. Por consiguiente, este concepto ha logrado ser universalmente aceptado, pero precisamente esa condición le ha restado significado”.³⁵ Precisamente eso hizo que el control civil se convirtiese en una especie de dogma, cuyo verdadero significado y alcance prácticamente dejó de ser discutido. Pasó a ser lisa y llanamente impuesto por las autoridades civiles, en muchos casos sin criterios apropiados, y acatado por los militares, en muchos casos sin idea clara ni convicción del por qué.

No se debe soslayar que bajo el indiscutible principio del control civil sobre los militares, muchas veces se disimulan tensiones entre las fuerzas políticas y las militares. El pragmatismo jurídico debe resolver esta cuestión. No caben las simulaciones para que el control civil pueda emerger como una condición verdaderamente vigente y no como un simple enunciado carente de contenido.

El poder se manifiesta en una relación desigual que se establece entre grupos o personas. Los militares disponen de una organización superior y además poseen armas, equipo e información, de lo que carecen, por lo general, las dependencias civiles. De inicio esta relación aparece desbalanceada y por ello generadora de tensiones y desequilibrios que deben ser ajustados. Esta es una razón de más para establecer controles sobre el brazo armado del gobierno civil.

Robert Dahl, destacado teórico de la democracia, señala que las autoridades civiles, democráticamente electas, deben ejercer el control sobre los militares, como requisitos para la existencia de un estado y gobierno democrático de derecho:

“uno de los requerimientos para una democracia, consiste en que las instituciones generadoras de políticas gubernamentales (públicas) dependan de los votos y de otras expresiones de preferencia.”³⁶

³⁵ HUNTINTONG, Samuel P. *El Soldado y el Estado, teoría y política de las relaciones cívico militares*. Grupo Editor Latinoamericano. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, 1995. Pág. 36.

³⁶ DAHL, Robert. “Polyarchy: Participation and Opposition” .New Haven and London. Yale University Press 1971, pág. 3. La cita original: “institutions for making government policies

Las políticas de defensa y seguridad nacional, deben pergeñarse en las instituciones civiles constitucionalmente legitimadas para ello. En ellas debe considerarse las fuerzas y debilidades al interior de la estructura gubernamental y las limitaciones presupuestales. De manera destacada los condicionamientos geopolíticos juegan un importante papel en el desarrollo de los controles sobre las Fuerzas Armadas.

En opinión del maestro Elisur Artega, “ha sido necesario controlar al ejército y para hacerlo se ha recurrido a diferentes fórmulas; unas sólo tienen existencia legal, han respondido a la ingenuidad y buenas intenciones de uno que otro constituyente despistado o como imitación a providencias tomadas en otros países. Existen, en cambio, otras fórmulas que si bien poco o nada tienen de jurídicas, son reales y efectivas.”³⁷

Sobre las Fuerzas Armadas, se podría considerar que hay “tres tipos de control: el legal, el real y el de conveniencia.” A esta triple clasificación de Elisur Arteaga, agregaría el control internacional que se ejerce por las grandes potencias militares, así como por los organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos y Organización del Tratado del Atlántico Norte. Este control se ejerce desde dos vertientes; la primera a través del encuadramiento de las Fuerzas Armadas en las organizaciones referidas mediante tratados multilaterales de asistencia recíproca en materia de defensa, como lo fue el Tratado del Atlántico Norte (OTAN)³⁸ o en América, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (Tratado de Río o por sus siglas TIAR)³⁹. La segunda mediante el embargo o bloqueo en el suministro de materiales bélicos y acceso a la tecnología militar de punta.

En la estructuración de las Fuerzas Armadas mexicanas, se ha tenido en cuenta otro factor. Dada la ubicación geográfica de México, específicamente su proximidad con los Estados Unidos de América, no podía ser un efectivo elemento de agresión exterior. No han intervenido eficazmente en la defensa

depend on votes and other expressions of preference”, fue traducida por el autor de este trabajo de tesis.

³⁷ ARTEAGA NAVA, Elisur. Op.cit, pág. 169.

³⁸ Organización del Tratado del Atlántico Norte, www.nato.int

³⁹ México denunció el tratado y se retiró de la organización de defensa regional, desde el 6 de septiembre del 2002, por considerarlo un mecanismo obsoleto y se pronunció en favor de "privilegiar un enfoque multidimensional y civil de la seguridad" en América. www.jornada.unam.mx/2002/09/07/

de la soberanía nacional cuando el país ha sido invadido. Si bien es inocuo en lo exterior, se le ha organizado para que ejerza el monopolio represivo en lo interno. Las Fuerzas Armadas se encuentran particularmente adiestradas para reprimir las manifestaciones de descontento popular, propias de todo país en transición y a los disidentes surgidos de cuando en cuando, así como a la delincuencia organizada que actualmente lo desafía.

El aparato bélico represivo es efectivo, por adecuado a las circunstancias del país. Descansa en la ubicación estratégica de regiones y zonas militares, bases aéreas y navales en todo el territorio, lo que permite, en cosa de horas y sin mayores contratiempos, que las Fuerzas Armadas tengan un control efectivo sobre todo el territorio nacional.⁴⁰

La experiencia histórica enseña que no solamente se limita a las Fuerzas Armadas mediante controles legales, sino también se han desarrollado otros vinculados a circunstancias de hecho y otros relacionados con el encuadramiento del sector militar en niveles de bienestar y conveniencia. Los controles real y de conveniencia sobre las Fuerzas Armadas se basan en medidas prácticas que no se encuentran reguladas en la ley, pero que son producto de la experiencia histórica de cada estado y se forman con base a una variedad compleja de reglas no escritas que permiten mantener un statu quo entre el gremio militar y el poder civil.⁴¹

⁴⁰ VILLALPANDO, José Manuel. *Las Fuerzas Armadas y La Ley*. Escuela Libre de Derecho México, 2002. Regiones Militares, del Ejército Mexicano, págs. 43 a la 46; de la Fuerza Aérea Mexicana, págs. 50 y 51; de la Armada de México, págs. 54 a la 56.

⁴¹ Cfr. ARTEAGA NAVA, Elisur, *Las Conjuraciones*, en *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, año 2 número 2, México 1978, pág. 168 y siguientes: “El control real sobre las Fuerzas Armadas mexicanas se basa en medidas de orden práctico que poca relación tienen con las normas constitucionales. Las providencias tomadas, como producto de una larga experiencia, son de índole diversa y compleja. Se enumeran algunas de ellas en un orden que no supone necesariamente su grado de importancia y que han sido adoptadas tomando en consideración al ejército; la marina y la fuerza aérea, dada su minoría de edad, no han conjurado; a éstas, en forma deliberada, no se les ha permitido llegar a ser un factor de peligro y conviene, como cuestión previa dedicar unas cuantas líneas a este problema. No ha permitido un mayor desarrollo de la marina y fuerza aérea la situación económica del país. Los instrumentos que ellas requieren tienen un elevado costo y no son de producción nacional; esto hace que se adquieran en menor cantidad y que, por lo mismo, se enrolen menos miembros. Aun para el caso de que las condiciones económicas lo permitieran, la verdad es que, dado a que con los elementos con que pudiera contar estarían en posibilidad de hacer proporcionalmente más daño que el que pudieran hacer los miembros del ejército regular, se limita su capacidad por seguridad interior y exterior. Es evidente que dado lo complejo de los instrumentos que manejan los miembros de la marina y aviación, estos poseen un nivel intelectual superior al promedio que alcanzan los miembros del ejército regular, lo que trae un doble inconveniente: por una parte son más liberales y menos conservadores; menos dóciles a las órdenes y más críticos de

En el mismo sentido está la opinión de Jacinto Santa María, quien sostiene que “debido precisamente a la necesidad de mantener a los militares bajo “vigilancia”, dada su potencial capacidad fáctica para tomar el poder político o influir decisivamente en sus decisiones por medio de presiones como cuerpo armado, se hizo necesario crear ciertos mecanismos que permitieran mantener a las fuerzas militares dentro de un sistema que asegurara su subordinación a la autoridad del gobierno electo por el pueblo.”⁴²

El control legal sobre el instituto armado se materializa en el marco jurídico normativo que lo regula. Este debe estar orientado por principios y contenidos que favorezcan la acción eficiente de las actividades militares y que otorguen seguridad jurídica a los ciudadanos que prestan el servicio de las armas. La legitimidad jurídica del ordenamiento castrense permeará favorablemente tanto en la moral de las tropas como en la convicción de que obedeciendo cumplen con la ley. Una ley justa, apegada a la Constitución de su respectivo Estado y que se sustente en el respeto a los Derechos Humanos, tanto de la población a la que sirven como a los propios militares considerados como ciudadanos.

En opinión de Sastré Villacorta ex miembro del servicio de justicia naval en la Armada de México, “se sabe a ciencia cierta por las enseñanzas de la historia que un ejército sólo puede progresar cuando el gobierno de su

las funciones que se les encomienda, que los miembros del ejército. No es conveniente a la seguridad del estado que elementos así prosperen.” CONTROL DE CONVENIENCIA.- (pág. 183) “El sistema político mexicano tiene como característica especial la de ser relativamente permeable; asimila y absorbe constantemente a elementos jóvenes y destacados, los que, de no estar bajo control, pudieran crear problemas; este proceder se hace extensivo a las fuerzas armadas; los militares no encuentran barreras infranqueables en su carrera política. En lo interior y por lo que toca a las promociones y ascensos, éstos son relativamente rápidos y llanos, especialmente para quienes son egresados de colegios y academias militares, lo que hace innecesario el procurarse otros medios para alcanzarlos. La situación económica y social de los altos jefes militares, que son los que en última instancia cuentan, es tan buena que difícilmente podría ser mejor en un nuevo estado de cosas que ellos procuraran a través de un golpe de estado. Gozan de prebendas, consideraciones, jubilaciones, asistentes y diversas prestaciones como miembros de un cuerpo colegiado. Por lo que hace a la actividad política, económica y social, no están excluidos del sistema, más bien gozan de una situación privilegiada. En la política, tienen un número de gubernaturas, senadurías y diputaciones, aunque su influencia ha venido paulatinamente a menos.

⁴² SANTA MARÍA, Jacinto. “Precisando el verdadero sentido y alcance del control civil sobre las Fuerzas Armadas”. Instituto Paraguayo de Estudios Estratégicos (IPAE), 7 de agosto del 2002, pág.1.

estado lo apoya con auténtico orden jurídico y justo en todas sus ramas”⁴³ La discusión se debe centrar respecto de la forma y contenido de dicho orden jurídico. Siempre será mejor que quien tenga la responsabilidad de ejercer el control civil lo haga con criterios acertados y quien tenga que someterse a él lo haga más que nada por convicción y no por simple obligación.

Los militares deben ser conscientes de que en un Estado democrático de derecho las Fuerzas Armadas ya no pueden actuar como una institución autónoma imponiendo condiciones. Son un instrumento que la autoridad civil electa por el pueblo puede utilizar, bajo control constitucional, para el logro de objetivos políticos legítimos del Estado.

En ocasiones la subordinación castrense al gobierno civil erróneamente se exalta como una degradación de la dignidad del militar y un supuesto descenso del militar a la condición de ciudadano de segunda categoría. Además, en muchos casos no existe aún entre los militares una conciencia generalizada de que la subordinación al poder civil constituye el primer principio al que debe ajustarse un militar verdaderamente profesional.

Otro problema consiste en que todavía existen muchos civiles que si bien saben que son precisamente las autoridades civiles electas por el pueblo quienes deben adoptar las decisiones políticas a las que deben ajustarse los militares, no entienden que los militares necesitan interlocutores civiles capaces, en los que puedan confiar y saber que podrán interpretar sus necesidades institucionales y sus inquietudes profesionales. El desconocimiento de la sociedad civil de las particularidades de la vida militar ahonda esta cuestión. Debe estimularse una convivencia profesional, académica y social con los militares, quienes al término de su carrera castrense deben incorporarse a actividades más cercanas al medio civil.

Es necesario desmitificar el significado del control civil. Es indispensable hacer comprender que el control civil no significa que los civiles, sólo por ser civiles son más que los militares; ni que los civiles son ciudadanos de primera categoría y los militares de segunda; ni que los civiles por ser civiles son amos y los militares esclavos. El control civil, implica simplemente que las Fuerzas Armadas no constituyen una institución autónoma, ni un fin en sí mismas; sino un recurso perteneciente a la Nación, y que deben estar subordinadas a las autoridades civiles que por voluntad del pueblo, y bajo su control, ejercen el gobierno constitucional.

⁴³ SASTRÉ VILLACORTA, Carlos, *Las Fuerzas Armadas Mexicanas, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar*. Editorial SISTA, 1ª edición, México 2002, pág. 22.

Todos debemos entender que el control civil, en síntesis, consiste en una serie de mecanismos que aplica el gobierno electo por el pueblo, para asegurar que exista siempre una perfecta coherencia entre los intereses legítimos de la colectividad nacional y el accionar de sus Fuerzas Armadas. Entonces, es un recurso positivo, constitucional y democrático. Por lo tanto, la subordinación de las Fuerzas Armadas al control civil no puede considerarse desde ningún punto de vista como una forma de degradación de la dignidad de sus integrantes sino, muy por el contrario, debe ser apreciada como una honrosa demostración de profesionalismo militar.

“Por eso debemos hablar abiertamente sobre lo que realmente implica la subordinación al poder civil y debemos incluir a los militares en la discusión; obviamente no para debatir si corresponde o no que los militares se subordinen a las autoridades electas por el pueblo, sino para que se pueda precisar y entender la forma en que debe darse la vinculación entre la autoridad civil y la institución militar; y las atribuciones y responsabilidades que deben corresponder a ambos sectores dentro de ese relacionamiento. Siempre será mejor que quien tenga la responsabilidad de ejercer el control civil lo haga con criterios acertados y quien tenga que someterse a él lo haga más que nada por convicción y no por simple obligación.”⁴⁴

Es necesario hacer comprender a los líderes civiles, y a quienes aspiren ser líderes nacionales alguna vez, que el tema del manejo político de la defensa nacional en general, y de las Fuerzas Armadas en particular, es complejo y que es grande y delicada la responsabilidad que implica asumir el liderazgo civil en materia militar.

Considero más claro el entendimiento que tienen los militares respecto al control civil, que el de éstos respecto del estamento militar. A quienes se debe orientar y familiarizar con la vida castrense es a los civiles. El mutuo acercamiento permitirá compartir conocimientos y destrezas indispensables para diseñar e implementar políticas públicas relacionadas con la defensa nacional. Los políticos y administradores públicos civiles deben comprender las necesidades institucionales y las inquietudes profesionales de los militares. A partir de este entendimiento podrán desarrollar políticas públicas y legislar adecuadamente para construir un marco jurídico armónico y congruente para ejercer un control civil efectivo sobre las Fuerzas Armadas. Civiles y militares

⁴⁴ SANTA MARÍA, Jacinto. “Precisando el verdadero sentido y alcance del control civil sobre las Fuerzas Armadas”. Instituto Paraguayo de Estudios Estratégicos (IPAE), 7 de agosto del 2002, pág.1.

deben hablarse y escucharse mutuamente para poder, comprenderse y respetarse.

Los líderes civiles, tienen que comprender que un control civil efectivo no se logra debilitando a los militares sino fortaleciendo las instituciones democráticas y perfeccionando sus mecanismos de control. No se logra tampoco ignorando a los militares y privándoles de la posibilidad de contribuir con sus opiniones técnicas a la adopción de decisiones políticas acertadas, relacionadas con aspectos de la defensa vinculados directamente con el quehacer militar. Un buen líder político debe escuchar a los militares, reservándose para sí los derechos de decidir y de considerar o no esas opiniones al tomar las decisiones políticas cuya adopción -por imperio de la constitución y la ley- constituyen facultades exclusivas de las autoridades civiles electas por el pueblo. Un buen líder político también debe abstenerse de intervenir en decisiones tácticas que deben ser adoptadas por los comandantes militares para cumplir una misión. Debe limitarse a dictar las directivas políticas que deben cumplir los militares y controlar que se cumplan, respetando el ámbito de las decisiones que corresponden a los comandantes militares y que responden a la implementación de esas directivas políticas

Al grupo de controles legales sobre los militares, pertenece todo el marco constitucional, legislativo y reglamentario, que regula a las Fuerzas Armadas. Su existencia se ubica sólo en el campo de lo normativo; constitución, leyes ordinarias, reglamentos, ordenanzas, decretos y manuales administrativos.

La existencia de una jurisdicción especializada en materia militar o fuero militar se encuadra dentro de los controles legales sobre las Fuerzas Armadas. Sin embargo, este tipo de control tiene una peculiaridad. Si bien corresponde a un control de naturaleza legal, también comparte características de los controles reales y de conveniencia. En efecto, el fuero militar establece tipos penales que tutelan bienes jurídicamente relevantes para la existencia y subsistencia de las Fuerzas Armadas. También establece un régimen disciplinario particularmente severo para cumplir con las exigencias de eficiencia y efectividad en el cumplimiento de las misiones militares. Al limitar la competencia jurisdiccional crea un ámbito subjetivo y objetivo de aplicación para tutelar los intereses de las Fuerzas Armadas. Todo lo anterior con base en un marco jurídico constitucional particularmente especializado.

Además de ello, también opera como control real y de conveniencia. Enfatiza el espíritu de cuerpo y abona a la construcción huntingtoniana de crear un espacio especial y reservado a las Fuerzas Armadas. Garantiza a los justiciables militares que serán juzgados por sus iguales quienes conocen las

exigencias de la vida militar y sus requerimientos profesionales. Finalmente, pero no menos importante, otorga al mando una herramienta invaluable para mantener la disciplina y la moral de las tropas, oficiales y jefes.

Ahora bien para que el fuero militar opere como un control legítimo y eficiente para las Fuerzas Armadas, se requiere que la procuración y administración de justicia militar cumplan con los requisitos de independencia, imparcialidad, ética, transparencia, profesionalismo y especialización. A primera vista parecería ser una exigencia innecesaria, ya que toda administración de justicia debe apegarse a los principios mencionados. Sin embargo, la disciplina y la jerarquía militares ejercidas sin un sustento ético y de manera arbitraria, degeneran en el fenómeno de la justicia de mando. Esta consiste en aceptar y reconocer, a quien ejerce el mando, la posibilidad de juzgar con todas las atribuciones y consecuencias que ello implica. Quien ejerce el mando puede acusar o perdonar; ordenar el juzgamiento o el sobreseimiento de una causa; ordenar se condene o bien que se absuelva a los justiciables; puede nombrar y remover libremente a los órganos acusadores y a los jueces. Parafraseando y jugando con el proverbio popular: el que manda juzga y si se equivoca vuelve a mandar y a juzgar. Con ello pretendemos ejemplificar a la justicia de mando como una deformación de la auténtica y legítima justicia militar apartada de los valores que deben orientarla.

Tanto la justicia disciplinaria militar como la penal militar pueden contaminarse con los vicios mencionados. Se trata de una cuestión de hecho que fácilmente puede presentarse y encubrirse, toda vez que la estructurada y disciplinada vida militar lo favorece. En las Fuerzas Armadas se obedece por convicción, por obligación y hasta por conveniencia. Es probable que los involucrados prefieran callar y encubrir. Evitan problemas y obstáculos para sus ascensos y para el desarrollo de su carrera militar.

Es probable que la justicia de mando produzca el efecto contrario al deseado por el fuero militar. Sus efectos pueden provocar que se deslegitime al mando, se pierda respeto a la institución militar, cunda la indisciplina y la murmuración, se afecte el espíritu de cuerpo y en suma se perjudique a las Fuerzas Armadas como institución del Estado.

Para combatir este fenómeno se requiere un diseño jurídico e institucional adecuado que favorezca los principios referidos como comunes a toda actividad de procuración y administración de justicia. Lo anterior basado en estándares internacionales sobre la materia y en el respeto a los derechos humanos que corresponden a los militares, desde luego sin perjuicio de la disciplina y respeto a la escala de mando, indispensables en toda corporación militar. Esto será abordado en capítulos subsecuentes de este trabajo doctoral.

El control civil sobre el sector militar ¿implica también controlar a la justicia militar? ¿La justicia militar debe estar subordinada a la justicia civil o simplemente debe desaparecer?

En México los medios de comunicación han cuestionado la subsistencia del fuero militar. Lamentablemente el negocio de las comunicaciones buscan “la nota”; que sea comercial y genere beneficios, políticos y sobre todo económicos. Confrontar a los militares y cuestionarles sobre sus supuestos “privilegios”, en realidad inexistentes, es un debate que interesa a la sociedad mexicana y en consecuencia resulta un producto periodístico muy comercial.

Se ha difundido y auspiciado la versión de que el fuero militar favorece la impunidad de los militares vinculados en la comisión de hechos delictuosos. En México desde que las Fuerzas Armadas intervienen en el “combate” contra el crimen organizado, se ha generado un debate en torno a la violación de los derechos humanos de la población civil y el fuero militar como vehículo para fomentar la impunidad de los miembros del instituto armado. El periodista especializado en asuntos militares y de seguridad nacional Jorge Luis Sierra⁴⁵ publicó el 24 de abril de 2007 en el periódico El Universal:

“... muchos grupos de la sociedad civil tienen la percepción de que los elementos abusadores gozan de impunidad en las cortes del sistema de justicia militar. Esta percepción se agrega a otra sobre la existencia de “juicios por consigna” en cortes militares donde jueces, fiscales y defensores están bajo la misma cadena de mando....”⁴⁶

El fuero militar, tanto en su aspecto disciplinario como penal, son un instrumento de control interno de las Fuerzas Armadas. En la medida que esta institución se asimile a los estándares internacionales sobre administración de justicia y respeto a los derechos humanos, estará legitimada para cumplir su función de mantener y fomentar los valores castrenses. Este será uno de los medios más adecuados para sostener la disciplina y en consecuencia la eficiencia y eficacia de las misiones constitucionalmente encomendadas a las Fuerzas Armadas.

⁴⁵ Profesor e investigador visitante en la Universidad Iberoamericana (México), becario del Centro Hemisférico de Estudios de la Defensa, de la Universidad de la Defensa Nacional en Washington; del Programa de formación de civiles en políticas de la defensa, de la Universidad Torcuato di Tella, de Buenos Aires, Argentina; y del Centro de Periodismo Internacional de la Universidad del Sur de California, en Los Ángeles.

⁴⁶ Periódico El Universal, México; <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/37395.html> , consultada el 18 de abril 2015.

El fuero militar no debe desaparecer ni asimilarse a la administración de justicia civil, toda vez que se trata de un medio de control civil sobre las Fuerzas Armadas sustentado en la conveniencia recíproca de mantener ese espacio como instrumento institucional para preservar los valores castrenses.

Por todo lo anterior consideramos suficientemente demostrado que la jurisdicción militar especializada constituye un control sobre las Fuerzas Armadas en un Estado democrático de derecho.

2. El Fuero Militar Causante de Tensiones en las Relaciones Civiles Militares

Las relaciones entre los militares y la autoridad civil, ha sido un tema destacado por diversos analistas políticos a través de la historia. La premisa de partida, es evidente: los militares disponen de una organización superior y además poseen armas, equipo e información, de lo que carecen las organizaciones civiles. De inicio esta relación aparece desbalanceada y por ello generadora de tensiones y desequilibrios que deben ser ajustados. Además el espíritu de cuerpo otorga a los institutos armados una ventaja adicional respecto de las organizaciones civiles.

Existe coincidencia entre los autores consultados, respecto a que las relaciones civiles militares son, en esencia, de naturaleza conflictiva.⁴⁷ Lo que mantiene esta permanente tensión dentro de límites razonables, son los controles que cada sistema puede establecer, en función de los imperativos políticos y de los valores dominantes en la sociedad. Cuando las prioridades políticas o los valores sociales cambian, de toda necesidad surgen tensiones que deben ser encausadas y resueltas de manera tal, que no se fracture el equilibrio. Ejemplo de estas crisis, ha sido el avance de la mujer en las Fuerzas Armadas, ocupando roles hasta antes reservados de manera exclusiva a los varones, así como la aceptación de militares con preferencias sexuales no convencionales. Las instituciones armadas, tarde o temprano han aceptado estos cambios y los han asimilado en su organización. En principio generan tensiones y rechazo, pero finalmente acaban por permitirse. En Estados Unidos, los homosexuales fueron aceptados como militares en activo y las mujeres en posiciones de combate hasta 1994, no sin antes generarse un

⁴⁷ Cfr. DESCH, Michael C., *Civilian Control of the Military*, The John Hopkins University Press, United States of America, 1999; pág. 8-13, *Civilian Control of the Military in Different Threat Environments*.

conflicto que hizo crisis en 1992 y culminó con su aceptación forzosa por los militares.⁴⁸

En México, la Secretaría de la Defensa Nacional fue pionera en Iberoamérica en la admisión de mujeres en las fuerzas armadas, en 1937, sólo después de Paraguay (1932). De acuerdo con el Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe 2010⁴⁹ e información proporcionada por la Secretaría de la Defensa Nacional, el número de mujeres en promedio en el Ejército Mexicano es de los más bajos del área, ya que representa sólo 4.97 por ciento del total de sus 206 mil 311 elementos. La cifra es inferior al porcentaje de las naciones latinoamericanas, en las que las mujeres alcanzan 7 por ciento en promedio, y muy por debajo de las que forman parte de la Armada de México, que son de 14.70 por ciento del total de sus elementos. En 2015 ya hay mujeres recientemente graduadas de subtenientes del Ejército Mexicano en el Heroico Colegio Militar y en la Escuela del Aire, que ocuparán posiciones relevantes en las Fuerzas Armadas, inclusive en combate o fuerzas especiales.⁵⁰ Anteriormente las mujeres solamente participaban en labores administrativas y de servicios tales como oficinistas, intendencia, médicos militares, dentistas, enfermeras o abogadas.⁵¹

Otra causa de tensión reciente relacionada con las Fuerzas Armadas mexicanas ha sido el de los militares portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En cumplimiento a una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado mexicano ofreció una

⁴⁸ Cfr. DESCH, Michael C., *Civilian Control of the Military*, The John Hopkins University Press, United States of America, 1999, pág. 138. El presidente Clinton, con una postura incluyente, se enfrentó al Senador Nunn, conservador que rechazaba estos temas.

⁴⁹ Cfr. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). *Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe*, edición 2010. <http://www.resdal.org/atlas/atlas-completo2010-espanol.pdf>

⁵⁰ Cfr. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). *Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe*, edición 2010. <http://www.resdal.org/atlas/atlas-completo2010-espanol.pdf>. De acuerdo con el atlas editado por Resdal, los únicos ejércitos en Iberoamérica que cuentan con mujeres en el servicio de las armas –en algunos casos con la excepción de fuerzas especiales– son: Colombia, Nicaragua, Uruguay y Venezuela. En otros casos, la participación de las mujeres es parcial, como es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, Paraguay, Perú y República Dominicana.

⁵¹ ARANDA, Jesús. Las mujeres en el Ejército Mexicano, relegadas a servicios administrativos. Periódico *La Jornada*, martes 22 de marzo de 2011, p. 1. Cfr. <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/22/politica/014n2pol>

disculpa pública a dos militares dados de baja hace más de una década por padecer VIH. El secretario de Gobernación *Miguel Ángel Osorio* dijo:

“En nombre de un México que respeta y respalda la encomienda del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (...) vengo a hacer extensiva una disculpa pública a las víctimas de los hechos originados en 1998 y 2001 respectivamente”, cuando los militares fueron dados de baja.”⁵²

Las misiones asignadas a los institutos armados y su cumplimiento eficiente y eficaz, implican el desarrollo de capacidades que contrarían determinados valores predominantes de la sociedad, así como tendencias naturales del comportamiento humano. La vida misma, las garantías laborales, los aspectos personales de los militares, son secundarios respecto de las necesidades del servicio de las armas. En ninguna otra profesión se protesta cumplir el deber, aun a costa de perder la vida. La pregunta obligada: ¿qué compensa esta vida de sacrificios, dedicación y lealtad?

Las consideraciones anteriores dan cuenta de que las relaciones entre la sociedad civil y el estamento castrense sufren recurrentes tensiones. Conforme progresa la tecnología y las ciencias, la sociedad se vuelve más compleja en cuanto a las relaciones interpersonales. En las sociedades democráticas contemporáneas la asimilación de los militares a la sociedad civil, en cuanto a costumbres y forma de vida es más frecuente que en el pasado. Desde luego ello es causante de polémica y conflictos, que si bien son transitorios, de momento ponen a prueba los medios de control civil sobre los militares.

El autor que con mayor influencia ha tratado el tema del control civil y la subordinación militar, fue Samuel P. Huntington.⁵³ El concepto de profesión militar es central en su teoría, ya que “*es la conducta del oficial*

⁵² QUIROZ, Carlos. Se disculpan por dar de baja a dos militares por VIH. En *Excelsior* 25 de julio del 2015. <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/07/25/1036507> consultada el 29 de agosto del 2015.

⁵³ HUNTINGTON, Samuel P. es considerado como el padre de la teoría de las relaciones cívico-militares. Fue profesor de Ciencias Políticas y director del John M. Olin Institute for Strategic Studies, de la Universidad de Harvard. Sobre este tema, es autor de libros como *The soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations* (1975); “*Reforming Civil-Military Relations*” (1996).

profesional, su educación y socialización lo que determina la naturaleza de la relación cívico-militar.”⁵⁴

La actuación de todo militar, se sustenta en su adiestramiento y en la disciplina, soportadas en el respeto y confianza en el mando. La promesa de un proyecto de vida razonable y digno aunado a un marco jurídico que garantice la legalidad de los aspectos operativos de sus actividades.

La seguridad jurídica de los militares resulta esencial, no solamente para legitimar su actuación, sino también para brindarles una garantía de que no serán objeto de persecución futura, toda vez que con su actuación pueden, eventualmente, afectar vida y patrimonio de los gobernados, así como de otros factores de poder de la sociedad.

En este particular aspecto, encuadra la jurisdicción militar. Esta otorga a los militares la certeza de que serán juzgados por sus iguales, quienes tienen conocimiento de la vida militar y su desempeño profesional. También se asegura que el mando cuenta con herramientas de orden jurídico para mantener el espíritu de cuerpo y la dominación sobre la estructura militar. Por ello consideramos que la jurisdicción militar es un medio de control objetivo sobre los miembros del instituto armado.

Según Huntington, la idea del control civil objetivo, es el medio más eficiente para alcanzar la supremacía civil sobre las Fuerzas Armadas. Se caracteriza en primer lugar, por un alto nivel de profesionalismo militar y el reconocimiento por parte de los militares de los límites de su competencia profesional. Segundo, por la efectiva subordinación de los militares a los líderes políticos civiles. Tercero, por el reconocimiento y la aceptación de esos líderes de un área de competencia profesional y de autonomía para los militares. Finalmente, y como consecuencia de los puntos ya mencionados, la reducción al mínimo de la intervención militar en política y de la intervención política en los asuntos militares.⁵⁵

Como se puede observar, la minimización de la intervención militar en política es la esencia de la teoría de Huntington. Sin embargo, la tendencia de

⁵⁴ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P.; *The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations*. Harvard University Press, 1957.

⁵⁵ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. “Reforming Civil-Military Relations. *Journal of Democracy*, Volume 6, number 4, October 1995, pp. 9-17 https://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/journal_of_democracy/v006/6.4huntington.html

la institución militar a involucrarse fuera de su esfera profesional es la norma, y no la excepción, en la mayoría de los países, incluso en los más desarrollados.

Continuando con la teoría de Huntington, “la política de seguridad militar tiene dos niveles, uno operativo y uno institucional. El primero se refiere a los medios utilizados para enfrentar amenazas a la seguridad del Estado. El segundo se relaciona con los recursos empleados para formular y ejecutar las políticas operativas. Las relaciones cívico-militares son el principal componente institucional de la política de seguridad militar.”⁵⁶ De acuerdo con Huntington, aunque la mayoría de los debates públicos se hacen alrededor del nivel operativo, por ejemplo, presupuesto, dimensión de fuerzas, compras de equipo, combate a la delincuencia, etc., la estabilidad de las relaciones cívico-militares depende, básicamente, del diseño institucional a través del cual las decisiones son tomadas. En este sentido las instituciones juegan un rol central, tienen la función de maximizar la seguridad militar, minimizando el sacrificio de los valores políticos y sociales predominantes.⁵⁷

Las tres dimensiones del concepto de profesión militar son: 1) competencia técnica; 2) responsabilidad y 3) corporatividad. Según la teoría de las relaciones cívico-militares la organización militar es un cuerpo de profesionales claramente diferenciados de las burocracias civiles.⁵⁸ Particularmente este aspecto fue referido por el Subsecretario de la Defensa Nacional de México, General Gaytán Ochoa, quien mencionó que “*el gobierno federal les exigía como militares y los trataba como burócratas*”.⁵⁹

Según Huntington, “las relaciones cívico-militares tienen cuatro rasgos fundamentales: primero, identifica a los militares y civiles como dos grupos separados y en una situación de virtual aislamiento; segundo, la relación entre estos dos grupos es por naturaleza conflictiva; tercero, la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil asegura ese control; cuatro, los cambios a lo

⁵⁶ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. op.cit., pag. 47.

⁵⁷ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. op.cit., pag. 47

⁵⁸ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. op.cit. pag. 49

⁵⁹ Conferencia pronunciada en la Cátedra Prima de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México Norte, Huixquilucan Estado de México el 23 agosto 2012 por el General de División Diplomado de Estado Mayor Carlos Demetrio Gaytán Ochoa. Hizo referencia al combate a la delincuencia organizada, donde las Fuerzas Armadas han tenido un rol destacado, pero señalando que no les han proporcionado ni el equipo ni el adiestramiento indicados para esa misión especial, que no corresponde a las propias y tradicionales de las Fuerzas Armadas.

largo del tiempo en las relaciones cívico-militares reflejan el grado de efectividad del control civil”.⁶⁰

Otra fuente de distinción se relaciona con la naturaleza de la profesión militar. A diferencia de otras ocupaciones, los militares socializan y reciben su entrenamiento en condiciones que, en general, los aíslan totalmente de la sociedad. Confinamiento indispensable en la etapa del entrenamiento por el tipo de capacitación requerida y por la ubicación de las instalaciones militares. Lo anterior fomenta la autonomía militar.

Aislacionismo y autonomía militar, con el reconocimiento civil de cierta área de decisión reservada, exclusivamente, a la institución militar, favorecen que las cuestiones disciplinarias y desde luego los tribunales militares especiales, que ejercen la jurisdicción militar, sean un espacio reservado o exclusivo para los militares.

El hecho de que la teoría de Huntington sostenga la necesidad de que las instituciones militares estén ideológica y físicamente separadas de las instituciones políticas y civiles, no implica que no pueda haber una relación cooperativa entre Fuerzas Armadas e instituciones civiles. La cuestión más importante consiste en definir qué es lo estrictamente militar –o en términos de Huntington cuál es la esfera de la autonomía militar- y qué es lo estrictamente civil. Esto depende, fundamentalmente, de situaciones históricas particulares y de desarrollos institucionales que no siempre son fáciles de comparar.

En suma, el profesionalismo de las Fuerzas Armadas, es el factor que retiene al militar lejos de la política. Fomentar el profesionalismo es la manera más eficaz de alcanzar el equilibrio en las relaciones cívico-militares.

El nuevo escenario de la seguridad global, resultado del final de la Guerra Fría, ha modificado la relación entre la autoridad civil y los militares, prácticamente en todo el mundo⁶¹. El problema más sensible que enfrenta cualquier Estado es la dificultad de compatibilizar los requerimientos de la seguridad militar, con los valores políticos dominantes. Ese es el momento en que se producen las tensiones y la única salida consiste en la búsqueda de nuevos equilibrios, asumiendo los costos políticos y eventualmente económicos de ello.

⁶⁰ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. op.cit. pag. 50

⁶¹ Cfr. DESCH, MICHAEL C., *Civilian Control of the Military*, The John Hopkins University Press, United States of America, 1999, pág. 1.

Este fenómeno se ha manifestado en México a partir del 2006. En efecto, la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública y combate a la delincuencia organizada, ha aumentado la incidencia de violaciones a derechos humanos. Cuando los militares son juzgados en un fuero especializado y excluyente, se genera una percepción de impunidad. La sociedad civil y grupos de interés político, se han manifestado en contra del fuero militar, toda vez que lo consideran como un medio para favorecer la impunidad. Se ha generado una creciente corriente para limitar o incluso desaparecer la jurisdicción penal militar, que ha sido considerada como parte de la esfera de autonomía de la que gozan los militares. A partir de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de derechos Humanos contra México en el caso Radilla Pacheco, el fenómeno se ha incrementado. Este tema será analizado de manera destacada en el capítulo tercero de esta tesis doctoral.

Es evidente que las relaciones cívico militares inciden en la configuración legal de las instituciones militares. Retomando la teoría de Huntington del control civil objetivo, “el núcleo radica en el reconocimiento civil de una esfera autónoma de profesionalismo militar”. Excluye, taxativamente, cualquier rol político. Se militarizan, en el sentido de que sus únicas funciones tienen que ver con la administración de la violencia. Son una herramienta al servicio de los objetivos estatales. Los civiles evitan interferir en los asuntos militares mientras los militares no lo hagan en asuntos civiles.

Como hemos mencionado, hasta hace pocos años, en México ni la academia ni la sociedad civil en general había manifestado interés alguno en la jurisdicción militar, ya que se le había considerado como uno de los aspectos reservados a los militares, donde los civiles no intervenían en manera alguna. Esta nueva fuente de tensión, ha puesto a prueba las estructuras jurídicas y políticas sobre las que se construyó la relación cívico-militar. Las reacciones han sido diversas. Desde la desaparición de la jurisdicción militar (Argentina) hasta su reforma parcial e incompleta basada en limitarla (México).

Las tensiones en las relaciones cívico militares se manifiestan en algunos aspectos que son percibidos como privilegio por la opinión pública. Tal es el caso del fuero militar. Aun cuando en la realidad el fuero militar, penal y disciplinario, no constituye un privilegio para el instituto armado, parte de la opinión pública lo considera como tal. En efecto, campañas mediáticas difunden información equivocada con intereses diversos, pero por lo general alejados de la realidad del tema.

Analicemos el caso de México. En las encuestas elaboradas por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la LXII Legislatura de la

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, publicadas en marzo del 2013⁶², se reflejan los siguientes resultados:

- Si un elemento de la Armada o el Ejército comete un delito en contra de un civil, ¿por quién debería ser juzgado, por un tribunal militar o por un civil? El 40% respondió que por un tribunal militar; el 44% por un tribunal civil; y el 16% no sabe o no respondió.⁶³
- ¿A quién le tiene más confianza: a los tribunales civiles o a los tribunales militares? El 50% eligió a los tribunales militares; el 22% a los tribunales civiles; el 2% de los encuestados a ambos; el 14% a ninguno; y 12% no supo o no quiso contestar.⁶⁴
- ¿Qué tanto cree que el fuero militar, es decir, la aplicación de la justicia en los tribunales militares...?
- Ha contribuido a que se cumpla con la disciplina militar: 61% respondieron, totalmente o bastante; el 33% respondió que poco o nada; y el 6% no supo o no quiso contestar;
- Fortalece la confianza en los miembros del Ejército: el 61% de los encuestados señaló totalmente o bastante; el 35% poco o nada; y el 4% no supo o no quiso contestar;
- Garantiza que los miembros del Ejército que cometen abuso o violación a los derechos humanos sean castigados: el 61% de los encuestados respondió totalmente o bastante; el 36% poco o nada; y el 3% no supo o no quiso contestar.⁶⁵

Las encuestas citadas reflejan una tendencia contraria a que los militares sean juzgados en tribunales castrenses. Sin embargo, también se aprecia que la existencia del fuero militar contribuye a la disciplina de las Fuerzas Armadas en la percepción de la ciudadanía.

⁶² Cfr. Fuerzas Armadas e Instituciones de Seguridad en la opinión pública, marzo del 2013 www.diputados.gob.mx/camara/.../Carpeta-No-21-fuerzas_armadas.pdf

⁶³ Fuente: Parametria, “El fuero en el Ejército”, 7 de diciembre de 2010, en www.parametria.com (fecha de consulta: febrero de 2011). Encuesta en vivienda, del 28 de octubre al 1 de noviembre de 2010.

⁶⁴ Fuente: Excelsior, con base en encuesta de Ulises Beltrán y Asociados BGC, “Creen que Ejército sí respeta garantías”, 25 de julio de 2011, disponible en www.excelsior.com.mx (fecha de consulta: febrero de 2012). Encuesta telefónica, del 19 al 20 de julio de 2011.

⁶⁵ Fuente: Excelsior, con base en encuesta de Ulises Beltrán y Asociados BGC, “Creen que Ejército sí respeta garantías”, 25 de julio de 2011, disponible en www.excelsior.com.mx (fecha de consulta: febrero de 2012). Encuesta telefónica, del 19 al 20 de julio de 2011.

Lamentablemente la desinformación y desconocimiento del tema, se reflejan en percepciones contrarias a la realidad. En efecto, los tribunales y leyes militares no constituyen un coto de impunidad o privilegio para los miembros de las Fuerzas Armadas. Por el contrario se trata de un régimen de excepción al principio de acceso universal a la justicia e implica una serie de atemperaciones a los derechos fundamentales de los militares.

El abogado colombiano Rafael Nieto Loaiza, ex viceministro de Justicia en el gobierno de Álvaro Uribe⁶⁶, señaló que: “El problema más grave que enfrentan las Fuerzas Militares no es, como pudiera pensarse, la guerrilla o el narcotráfico. Es la ‘inseguridad jurídica’. No especulo. Lo muestra una encuesta que se hizo entre cerca de cinco mil militares, de las tres fuerzas. En todas fue identificado como el problema más importante. En el caso del Ejército, la cifra es impresionante: más de un 85% cree que es su riesgo más grave. En otras palabras, los uniformados le temen hoy más a los procesos judiciales que a sus enemigos en el terreno.”⁶⁷ Apunta además una consecuencia muy grave que afecta no solamente la moral de los miembros de las Fuerzas Armadas sino también su sentido de lealtad, disciplina y obediencia: “Como consecuencia, algunas unidades militares dejan de realizar operaciones ofensivas. No tienen sentido asumir semejantes riesgos. Y menos cuando está en ciernes un proceso de paz. ¿Para qué poner el peligro el pellejo o la libertad si al final los políticos se van a sentar en manteles con quienes se debe combatir?”

Según el autor citado, el resultado en Colombia fue desastroso: “En condiciones normales, debería bastar para preservar el fuero militar y policial. Pero en la práctica los tribunales lo han ido vaciando de contenido, de manera que hoy casi cualquier delito cometido por un uniformado termina en manos de la jurisdicción ordinaria. Y hay que ver el desastre que ha sido el juzgamiento de militares y policías en esta jurisdicción.” Jueces que no saben nada de la naturaleza y modalidades del accionar de la Fuerza Pública, que no conocen del derecho internacional humanitario (DIH) y que, en algunos casos, no sólo son ignorantes sino que actúan de mala fe y con agenda ideológica. De manera que había que reducir sustantivamente el margen de interpretación de los jueces, clarificando en la Constitución los criterios de evaluación de la conducta de los uniformados. Para ello se propone que siempre que se trate de evaluar la conducta de los miembros de la Fuerza

⁶⁶ Presidente de Colombia de 2002 al 2010.

⁶⁷ Cfr. <http://www.elpais.com.co/elpais/opinion/columna/rafael-nieto-loaiza/fuero-militar>

Pública en relación con un conflicto, se aplique, como corresponde, el DIH. Es inadmisibles que sean criterios del derecho de los derechos humanos, pensado para situaciones ordinarias, para tiempos de paz, los que se usen para examinar situaciones de combate. En consecuencia, se establece que sea la Justicia Penal Militar la que juzgue las infracciones al DIH, con algunas excepciones. Yo no estuve de acuerdo en excluir ninguna infracción al DIH de la competencia de la Justicia Penal Militar. Si se tendrá una justicia imparcial, autónoma e independiente, ¿por qué habría que negársele que conozca de algunos delitos? Es un gesto de desconfianza y de carácter político que, confío, habrá de corregirse en el trámite en el Congreso.”

Puede apreciarse de este comentario las tensiones que se presentan cuando juzgadores civiles conocen y resuelven de causas penales que involucran a militares en ejercicio de las misiones que les son asignadas.

Como se ha afirmado, la subsistencia del fuero militar es una forma de control objetivo sobre las Fuerzas Armadas. Al modificarlo o suprimirlo, no debe perder su objetivo, ya que ello afecta las relaciones entre la sociedad civil y el instituto armado.

Consideramos que el problema se encuentra mal enfocado. Por una parte las encuestas reflejan que los civiles tienen confianza en los tribunales militares. Por otro lado consideran que las violaciones a los Derechos Humanos deben ser juzgadas por tribunales civiles. Coincidió que no debe haber inconveniente en que una jurisdicción penal militar especializada conozca de las conductas penalmente relevantes cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en ejercicio de sus actividades, partiendo de la premisa de que se trata de una administración de justicia imparcial e independiente. Todo es un problema de diseño institucional. Para demostrarlo aplicaremos la teoría de Huntington.

En efecto, la política de seguridad militar tiene dos niveles, uno operativo y otro institucional. Consideramos un error diseñar la jurisdicción militar y sus reglas de competencia con base en aspectos operativos y en las experiencias de esta naturaleza. Ejemplificando, para enfrentar amenazas a la seguridad del Estado las Fuerzas Armadas desempeñan, como en el caso de México, actividades de seguridad pública más que militares. Combatir a la delincuencia organizada no es una actividad propia de las Fuerzas Armadas. No cuentan ni con el equipo ni el entrenamiento adecuada para ello. El resultado es que se han presentado muy malas experiencias por cuanto hace a la violación de Derechos Humanos. Ahora bien, determinar las reglas de competencia y diseño estructural de la jurisdicción militar con base en dichas experiencias es incorrecto. La actuación de las Fuerzas Armadas en ámbitos civiles, de toda necesidad, genera repercusiones en la población civil. Por la

naturaleza misma de las operaciones militares se provocan daños colaterales que se reflejan en violación a los Derechos Humanos. Otorgar competencia a los tribunales del fuero común cuando existan víctimas u ofendidos civiles no resuelve la cuestión. Por el contrario desnaturaliza la esencia del fuero militar, provoca inseguridad jurídica a los justiciables y afecta el espíritu de cuerpo de las Fuerzas Armadas. En nuestra opinión, lo correcto será formular y ejecutar políticas operativas basadas en la capacitación y adiestramiento adecuados a ese tipo de misiones de las Fuerzas Armadas. Pero de ninguna manera desnaturalizar y soslayar la esencia de una jurisdicción militar especializada, que debe ser imparcial e independiente.

La estabilidad de las relaciones cívico-militares depende, básicamente, del diseño institucional a través del cual las decisiones son tomadas. En este sentido la institución del fuero militar juega un rol central. Tienen la función de maximizar la seguridad militar, minimizando el sacrificio de los valores políticos y sociales predominantes. En ese sentido se debe establecer con plena seguridad jurídica en qué consiste lo estrictamente castrense, para que ello sea la base de la competencia de la jurisdicción militar. En capítulos subsecuentes de esta tesis doctoral abordaremos el diseño y construcción de una teoría de la jurisdicción militar, con base en su naturaleza propia y los valores que particularmente la orientan.

3. Atemperación de los Derechos Humanos de los Militares

La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas ha sido en las legislaciones comparadas de naturaleza corporativa. Al instituto armado y a sus integrantes se les exige ser neutrales, apolíticos y no deliberantes. Se señalan sus misiones de defensa y seguridad nacional del Estado y se diferencian sus actividades en tiempo de paz, en situaciones de emergencia o excepción y para el caso de guerra. Pero de los militares como individuos, como ciudadanos, nada se menciona. Solamente se les limitan sus Derechos Humanos en los textos constitucionales; en la Constitución española de manera dispersa y en la alemana de forma concentrada.

La atemperación de los Derechos Humanos de los integrantes de las Fuerzas Armadas dimensiona su condición de factor real de poder. En efecto se teme su activismo en política, su capacidad de ejercer presión en cuestiones de opinión pública, su capacidad de movilidad y en suma su condición de estamento organizado y armado, con sentido de identidad y espíritu de cuerpo. La lealtad de los soldados deberá ser a las instituciones del estado, no a sus jefes militares ni a partidos, menos aún a ideologías. Las limitaciones a los derechos fundamentales consagradas en las constituciones corresponden a un control de naturaleza legal sobre las Fuerzas Armados con estamento y sobre los militares como individuos.

Entonces ¿cuál es la condición jurídica de los militares? Se trata de ciudadanos en armas que, como tales, ¿gozan de los mismos derechos y obligaciones que el resto de la población? Un militar puede vestir según su gusto o llevar peinados a la moda. ¿Pueden renunciar a su comisión en cualquier momento? Sin duda son servidores públicos, pero ¿gozan de las mismas condiciones laborales que sus similares del servicio civil? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de sus relaciones laborales? No resulta sencillo encontrar respuestas a cuestionamientos que pocas veces se han planteado. En efecto, el estudio de la función militar desde una perspectiva jurídica ha sido insuficientemente explorado. Aún menos se han conducido investigaciones respecto a la condición jurídica de los miembros de las Fuerzas Armadas desde una perspectiva de sus Derechos Humanos. Hemos dado por sentadas muchas cuestiones pero al momento de plantear interrogantes básicas, simplemente no se cuenta con respuestas adecuadas para lograr un entendimiento razonable de ellas. Es la naturaleza jurídica de la función militar y los condicionamientos que impone a quienes la desempeñan, un atractivo campo de estudio para el derecho.

Al analizar la condición de los integrantes de las Fuerzas Armadas en clave de Derechos Humanos se colisiona con sus principios de universalidad, irreductibilidad e inalienabilidad. Los avatares de quienes prestan el servicio militar profesional y voluntario, no resisten una confrontación de esta naturaleza y de toda necesidad recienten más que limitaciones, atemperaciones a sus Derechos Humanos.

Lo primero será plantear el problema de las restricciones de hecho y de derecho de los militares que los diferencian de los servidores públicos civiles. Enseguida destacar en qué consisten dichas diferencias y localizar su sustento jurídico.

Establecer el estado de la cuestión sobre las atemperaciones de los Derechos Humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Conocer qué es lo que se ha definido y estudiado al respecto; contar con una panorámica de cuáles autores lo han investigado; las preguntas formuladas y las teorías e hipótesis para responderlas. Un análisis de derecho comparado será el resultado de este ejercicio.

Anticipamos que es un tema escasamente explorado y que los aspectos analizados por académicos extranjeros dejan más dudas que respuestas a los problemas particulares de los militares mexicanos. No fue posible descubrir polémica o debate sobre el particular; tal parece que se da por sentado que la visión corporativa de las Fuerzas Armadas es más importante que la condición particular de sus integrantes.

El resultado de esta investigación planteará más cuestionamientos que respuestas. Sin duda será un buen comienzo para despertar el interés sobre el tema y provocar un necesario debate académico para abrir las fronteras del conocimiento y proponer soluciones. Los miembros de las Fuerzas Armadas deben contar con un estatuto jurídico constitucional acorde con su realidad y necesidades. Esperamos contribuir a ello.

La profesión militar lleva consigo deberes, exigencias y limitación de ciertos Derechos Humanos sin los cuales, las Fuerzas Armadas podrían no ser efectivas. En efecto, el marco jurídico regulatorio de las Fuerzas Armadas impone a sus integrantes más obligaciones y les reconoce menos derechos y prerrogativas que al resto de los connacionales. Se les exige espíritu de sacrificio, dedicación, disciplina, obediencia y comprometer la propia vida al servicio de la patria. Desde su formación se somete a los aspirantes a la carrera de las armas a duras pruebas de resistencia, templanza y autocontrol para demostrar su aptitud para la vida castrense.

Durante el desarrollo de su vida profesional como militares se les exige alinearse a un régimen disciplinario riguroso del cual están exentos los servidores públicos civiles. El servicio profesional de las armas no se abandona porque se comete el delito de desertión; no se cuestiona porque se comete el delito de insubordinación; no se extralimita porque se comete el delito de abuso de autoridad.

Haciendo una comparación entre los servidores públicos civiles y los militares, estos últimos recienten una afectación a sus derechos fundamentales. No se trata de una limitación, toda vez que ello sería definitivo. Un militar que causa baja de las Fuerzas Armadas recupera plenamente el goce y disfrute de sus Derechos Humanos. Es por ello que prefiero utilizar el término “atemperar”⁶⁸, para conceptualizar la afectación temporal y transitoria de los Derechos Humanos como consecuencia de las relaciones especiales de sujeción que regulan la prestación del servicio militar profesional.

Se han construido diversas teorías para explicar y justificar el estatuto restrictivo de los derechos fundamentales del militar, que puedan sistematizarse esencialmente en tres grupos:

- a) Teoría de la comunidad separada, que se atribuye a los Estados Unidos y que consiste en entender que el ámbito militar constituye una

⁶⁸ Atemperar significa moderar, templar, acomodar algo a otra cosa. Cfr. Real Academia Española de la Lengua <http://www.rae.es>

comunidad especializada en la que la organización se fundamenta en una disciplina que hace que tenga un tratamiento distinto del ámbito civil.

b) Teoría del ordenamiento interno, conforme a la cual se postula que el ordenamiento militar está separado del orden general de la sociedad civil que posee principios propios y especiales y que da lugar a que, aunque las Fuerzas Armadas sean un sector de la Administración Pública requieren un tratamiento especial. El origen de la doctrina se atribuye a la Italia.

c) Teoría de la sujeción especial, elaborada por la doctrina alemana, conforme a la cual se distingue el administrado simple con sus derechos y deberes generales para sus relaciones de carácter de sujeción general o indiferenciada, en contraste con otros administrados cuya relación -de sujeción especial- es de mayor intensidad, siendo dicha circunstancia la que justifica un cierto grado de restricción de libertades públicas fundamentales entendiendo que a tal efecto los militares constituyen el ejemplo más emblemático.

Corrales Elizondo menciona la doctrina del “acantonamiento jurídico del Ejército”, para hacer referencia a las normas especiales que desde el Derecho Romano regían para los componentes de la milicia. “La especialidad se mantuvo en alguna medida en los orígenes del liberalismo inglés, en concreto, en el *Bill of Rights*, de 1689, que exigía la autorización del Parlamento para reclutar y sostener un Ejército en tiempo de paz, como garantía de las libertades y derechos del pueblo, incluso frente al monarca. De la regulación de la milicia hablará también la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, al prever la necesidad de que se reclutase entre el pueblo con el objeto de la “defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre”, criterios mantenidos por la Constitución de los EEUU de 1787, que distribuyó competencias en materia militar entre ejecutivo y legislativo y por la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, cuyo art. 12 proclamó la necesidad de una Fuerza instituida para beneficio de todos. Justificadores de que quienes tienen el trascendental deber de protección de la Nación, su integridad territorial, su soberanía e independencia y el ordenamiento constitucional, con el empleo de las armas, puedan encontrar limitados determinados derechos y libertades públicas que, en algún caso, pueden llegar a ser exceptuados como en el derecho de asociación política o reivindicativa. Esta justificación de límites tiene su razón de ser en la previsión de algún tipo de exceso y muy especialmente en evitar el

intervencionismo militar fuera de los cauces democráticos y de la sumisión al poder civil legítimamente constituido.⁶⁹

En suma podemos afirmar que los militares se encuentran sujetos a un régimen atemperado en sus Derechos Humanos. Su particular condición jurídica y las misiones constitucionales del instituto armado inciden en sus derechos fundamentales. En efecto, dicha atemperación se extiende al acceso universal a la justicia ordinaria y a un régimen disciplinario especial. Trasciende a las libertades de expresión, petición, reunión, asociación, libre tránsito, residencia. La posibilidad de optar por una doble nacionalidad les está vedada. También se excepcionan sus derechos laborales, de asociación sindical, huelga, régimen vacacional, libertad de trabajo. Su participación activa y pasiva en política esta matizada. Incluso en algunos países, en situación de retiro persiste esta condición. Enseguida analizaremos los Derechos Humanos y sus atemperaciones respecto de los militares.

En el mismo sentido se pronuncia Corrales Elizondo, al enlistar las limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas del militar: “expresión, reunión, asociación y participación política en el sufragio pasivo; de los derechos y deberes del militar, civiles y políticos; deber de residencia; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión; utilización de medios de comunicación social en recinto militar; derecho de reunión; derecho de asociación; deber de neutralidad política; derecho de petición; exigencia del conducto reglamentario; prohibición de reclamaciones colectivas.”⁷⁰

El particular ámbito normativo al que están sujetos los militares profesionales, constituye un régimen más restrictivo. Debemos plantear si dicha situación se encuentra plenamente justificada por los fines que la inspiran y si, el interés colectivo puede fundamentar determinadas limitaciones en derechos fundamentales de las personas, en un ámbito normativo tan técnicamente delimitado como el sancionador, reflejo de un Estado garantista pero sobre todo, de un ejército contextualizado funcionalmente en la situación internacional actual.⁷¹ Este no es sino uno de los problemas que todavía en la actualidad se suscitan alrededor del conflicto

⁶⁹ CORRALES ELIZONDO, Agustín, Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas. LERKO PRINT, S. A., Madrid, 2006., página 49.

⁷⁰ Idem. Pág. 53.

⁷¹ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Derecho penal y disciplinario militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006, pág. 9.

entre la protección de los derechos fundamentales contemplados en las leyes fundamentales y la existencia de un régimen, como el castrense, profundamente jerarquizado y sometido a los principios de unidad y disciplina. Hasta el punto de que la propia Constitución refrenda un modelo excepcional respecto del régimen de derechos y libertades de los militares.

Consideramos suficientemente demostrado que los Derechos Humanos de los Militares se encuentran atemperados por normas constitucionales y secundarias. Se encuentran limitados aspectos tales como la libre expresión y difusión de opiniones, la de libertad de reunión, el derecho de petición, los derechos políticos pasivos y activos, los derechos laborales, la libertad de movilidad y de residencia, por mencionar los más importantes.

No podemos soslayar que todas las limitaciones a los Derechos Humanos son incompatibles con su naturaleza propia. En efecto, estos son universales, inalienables, imprescriptibles, interdependientes, progresivos e irreductibles. Luego entonces la limitación legal a los Derechos Humanos es contraria a su esencia y naturaleza.

Ahora bien, la prestación del servicio público de defensa y seguridad nacional es la primera y más importante obligación a cargo del Estado. Si falla en ella, deja de existir como tal o bien se transforma en un Estado fallido, lo que de suyo afectaría los Derechos Humanos de la población en conjunto. Las Fuerzas Armadas son las dependencias responsables de atender la delicada misión de brindar seguridad interior y exterior del país. Por ello se impone a los militares un régimen jurídico exorbitante, cuyas exigencias de toda necesidad significan una limitación a los Derechos Humanos de los individuos que desempeñan el servicio militar voluntario.

La cuestión radica en armonizar la tutela universal de los Derechos Humanos con la necesidad de atemperarlos exclusivamente para el personal militar. Pero también debe considerarse imperativo que sin dichas atemperaciones, se afectaría la operatividad esencial de las Fuerzas Armadas.

La conclusión obligada, es que los militares deben quedar sujetos a un régimen jurídico de excepción, desde el nivel constitucional. No solamente se debe considerar a los institutos armados de tierra, aire y mar como corporaciones, sino también definir la situación jurídica individual de los ciudadanos que sigan la carrera militar. De esta manera la legislación secundaria y aun la reglamentaria tendrían que atender los principios consagrados en la norma suprema.

Será un ejercicio de sincretismo; conciliar dos esquemas jurídicos diferentes. Uno de tutela amplia y universal de los Derechos Humanos con

otro restrictivo y limitante de los mismos. De toda necesidad esto requerirá una configuración constitucional precisa y adecuada a las necesidades del Estado. En efecto, toda limitación a los derechos fundamentales de los militares debe estar prevista en la Constitución. Solamente podrán introducirse cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general del estado o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de la comunidad a la que sirven las Fuerzas Armadas. Según Corrales Elizondo, las “reglas esenciales de comportamiento de los militares, con parámetros que enmarcan la disciplina, jerarquía, los límites de la obediencia y el ejercicio del mando militar”, son los parámetros delimitadores de la afectación a los derechos fundamentales de los militares. “El comportamiento militar vendrá a constituir también el límite a su vez de la libertad de expresión, que deberá respetar esas líneas maestras de la vida castrense, pero en ambos sentidos, es decir tanto de superior a subordinado como de subordinado a superior.”⁷²

Para hilvanar nuestra propuesta acudiremos primero al derecho constitucional comparado, a efecto de encontrar el mejor esquema de configuración constitucional para atender el problema planteado. Considero que se pueden distinguir dos modelos para atender la atemperación de los derechos fundamentales de los militares. En España su regulación se realiza de manera dispersa, al momento de materializar y referir las diversas figuras tutelares en particular.⁷³ Este esquema es el que también sigue la Constitución de México, aunque de forma incompleta e insuficiente. La Constitución de Alemania lo hace de manera concentrada, en un solo artículo. De manera sucinta esbozaré las características de uno y otro. Respecto al modelo mexicano lo trataré de forma destacada en el capítulo segundo de esta tesis.

a) Modelo Disperso de Atemperación de los Derechos Humanos, Modelo Concentrado de Atemperación de los Derechos humanos

El primer Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo español, Jiménez Villarejo, al referirse a las atemperaciones analizadas en este epígrafe que se trataba de “un estatuto jurídico-político especial en cuya virtud el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas está sometida a determinadas restricciones”. Además indicó que “esta situación, que podríamos denominar exigencia, era propia de todas las democracias y que encontraba su fundamento en una serie de principios constitucionales que

⁷² CORRALES ELIZONDO, op.cit., pág 78.

⁷³ Cfr. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Derecho penal y disciplinario militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006, pág. 12.

analizaba la doctrina administrativa. Las Fuerzas Armadas se configuraban como permanentes y estatales, subordinadas a la autoridad civil y dependientes del Poder Ejecutivo, su función se basaba en el principio defensivo, apartándolas de las misiones de mantenimiento del orden público, se les exigía neutralidad política y se organizaban en torno a las obligaciones básicas de disciplina.”⁷⁴ Las limitaciones a los derechos fundamentales de los militares son consideradas como necesarias para garantizar la operatividad de los ejércitos. La manera en que se configura constitucionalmente este aspecto es la que varía.

Para ejemplificar el modelo disperso de atemperación de los derechos fundamentales de los militares, nos basaremos en la Constitución de España. Es el artículo 8 donde se fija la función de las Fuerzas Armadas, así como la base orgánica de su regulación, que establecerá la organización militar conforme a los principios constitucionales.⁷⁵ A partir de esta delimitación funcional establece toda una serie de restricciones al estatus militar.

La Constitución española establece excepciones a la aplicación de algunos de los derechos contenidos en los artículos 14 a 29, capítulo segundo sección primera, del título primero del texto fundamental. La primera referencia la constituye la excepción del derecho a la vida del artículo 15⁷⁶ al permitir la regulación de la pena de muerte por leyes militares en tiempos de guerra, lo cual, evidentemente, puede afectar igualmente a civiles.

En segundo lugar, es el artículo 25, pieza clave en la configuración del sistema penal al dar por sentado, a *contrario sensu*, que la administración militar puede imponer sanciones que impliquen la pérdida o limitación de la

⁷⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, José: “Principios Constitucionales Derechos Fundamentales y libertades públicas del militar” en el Volumen La jurisdicción militar. Consejo General del poder Judicial; Madrid, 1992, pág. 209.

⁷⁵ Artículo 8 de la Constitución de España: “1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.”

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.

⁷⁶ Artículo 15 de la Constitución de España en la parte conducente dispone: “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

libertad deambulatoria.⁷⁷ Técnica ésta que utiliza igualmente el artículo 26 respecto de los tribunales de honor que, por tanto, tendrán cabida en el ámbito castrense, no así en el civil.⁷⁸

El artículo 28 instituye un límite que puede llegar a la excepción, tal y como ha ocurrido, del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y demás cuerpos sometidos a disciplina militar.⁷⁹ El artículo 29, restringe al ejercicio individual del derecho de petición a los miembros de los cuerpos armados, conforme a la legislación específica.⁸⁰

Citando a de León Villalba, “a estos hay que añadir las severas limitaciones de los derechos de asociación y de manifestación, si bien con la forzada apertura realizada por el Tribunal Supremo respecto del primero con un buen exponente en la SAN de 14 de enero de 1998 y la STS (sala 3ª) de 16 de marzo de 2005 que haciéndose eco de la legitimidad de los fines perseguidos, reconoció el ejercicio de tal derecho mediante la inscripción de la Asociación Unificada de Guardias Civiles.”⁸¹

La disposición constitucional medular, para efectos de este trabajo de tesis, es el artículo 117.5, cuyo texto es el siguiente: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.” Se refiere a la atemperación para los militares, del derecho fundamental de acceso universal a la justicia y una excepción al principio de unidad jurisdiccional.

⁷⁷ Artículo 25.3 de la Constitución de España dispone que: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

⁷⁸ Artículo 15 de la Constitución de España en la parte conducente dispone: “Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil.”

⁷⁹ Artículo 28.1 de la Constitución de España en la parte conducente dispone: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...”

⁸⁰ Artículo 29.2 de la Constitución de España en la parte conducente dispone: “Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho (de petición) sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.”

⁸¹ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Derecho penal y disciplinario militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006, pág. 13.

b) La Constitución Alemana y la Doctrina de la Innere Führung

La experiencia constitucional alemana es la que seleccionamos como la más adecuada para ejemplificar un modelo de atemperación concentrada de los derechos fundamentales de los militares. La información analizada en este apartado fue obtenida de la página electrónica de las Fuerzas Armadas de Alemania⁸² y particularmente de las directrices ZDv 10/5 de diciembre de 1993⁸³.

La configuración jurídica de las Fuerzas Armadas alemanas (“Bundeswehr”⁸⁴) en la constitución de la República Federal Alemana y el desarrollo del concepto de la “Innere Führung” son el resultado de una amarga experiencia en la Segunda Guerra Mundial y las tensiones geopolíticas de la “Guerra Fría”. Alemania estaba derrotada, devastada, dividida y militarmente ocupada por cuatro potencias extranjeras. En 1949 se otorgó una nueva Constitución de corte antropocéntrico. Impuso como eje rector la obligación del nuevo Estado en la protección y la defensa de la dignidad humana. En dicha constitución no se contemplaba la existencia de Fuerzas Armadas ni se preveía su creación. Fue modificada posteriormente para permitirlo. La Guerra Fría y la aparición de un nuevo orden mundial, exigió la contribución de Alemania a una política de defensa europea dentro de la Alianza Atlántica.⁸⁵ La creación de Fuerzas Armadas levantaba fuertes controversias en el parlamento (Bundestag) y en la opinión pública alemana. Había temor por los abusos e injusticias de épocas anteriores. Para superarlo debía configurarse una fuerza armada que armonizara con el nuevo sistema de gobierno democrático y la tutela de los Derechos Humanos. No debía un cuerpo elitista ni aristocrático al servicio de ideologías o intereses geopolíticos. Debía garantizarse su subordinación y vinculación a la sociedad para evitar el militarismo exacerbado que tanto afectó Alemania. Tampoco se debía descuidar al militar como individuo, cuyos derechos fundamentales también debían ser considerados y tutelados jurídicamente.

⁸² Cfr. Portal electrónico Bundesministerium der Verteidigung, Innere Führung, Selbstverständnis und Führungskultur del Bundeswehr. <http://www.bundeswehr.de>

⁸³ Cfr. Leben in der Militärischen Gemeinschaft. <http://www.bmvg.de/portal>

⁸⁴ “Bundeswehr” significa Fuerzas Armadas Federales, denominación a partir de la fundación de la República Federal Alemana. Antes de 1933, su denominación era la de fuerzas armadas imperiales o “Reichswehr”. En la Segunda Guerra Mundial se denominaron “Wehrmacht”.

⁸⁵ La Organización del Tratado del Atlántico Norte es sistema de defensa colectiva frente a los países del bloque soviético del Pacto de Varsovia.

En el proceso de reflexión y debate en torno al restablecimiento de las Fuerzas Armadas en Alemania, surgió el concepto de la “Innere Führung”, que se traduce como “Liderazgo Interno”. La idea central consiste en ubicar al ser humano en la base fundamental para reconstituir a las Fuerzas Armadas alemanas. De esta forma, los derechos constitucionales de los militares solamente podrían limitarse cuando ello fuera estrictamente necesario para el servicio público cuya prestación corresponde a las Fuerzas Armadas. La imagen del militar debe ser la de un “ciudadano en uniforme”. La Innere Führung tiene la misión de aliviar las tensiones y conflictos que pueden surgir entre los Derechos Humanos del ciudadano que libremente adopta la condición militar y sus deberes y obligaciones dentro del servicio. Se ubica al militar como ciudadano y ser humano, en uniforme, en el centro de una compleja concepción de liderazgo y ética.

El concepto tiene un objetivo doble. Por un lado, es el principio fundamental que rige el orden interno de las Fuerzas Armadas y la relación de éstas con la sociedad civil. Por otro, es la base de la conducta y relaciones interpersonales dentro de las Fuerzas Armadas y plantea exigencias concretas al desempeño del liderazgo individual por parte de los superiores jerárquicos.

Con respecto al primer objetivo, la Innere Führung trata de armonizar al régimen jurídico particular de las Fuerzas Armadas con el ordenamiento jurídico general. Básicamente se busca legitimar la actuación de las Fuerzas Armadas de frente a la sociedad, en un plano de respeto recíproco de los derechos colectivos frente a los particulares de los militares considerados como individuos, es decir como ciudadanos en armas. La profesión militar lleva consigo una serie de deberes, exigencias y limitación de ciertos derechos sin los cuales, las Fuerzas Armadas podrían no ser efectivas, con el consiguiente peligro para la misma defensa del Estado. Pues bien, la Innere Führung opera de tal manera que los derechos que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos, no se limiten en el militar más de lo estrictamente necesario para el servicio.

El segundo objetivo de la Innere Führung se orienta al estilo de mando del superior jerárquico y de las relaciones interpersonales en el seno de las Fuerzas Armadas. Para el superior jerárquico el liderazgo, la formación política y la disciplina militar son los principales campos; pero éstos están directamente conectados con otros tan variados como la asistencia religiosa o la información al soldado; en otras palabras: el liderazgo de personas y el resto de campos están interrelacionados y no pueden evolucionar independientemente.

Estos campos, son: El liderazgo de personas, la formación política del militar, el derecho y disciplina militar, la organización de las actividades del

servicio y formación, la labor de información, la organización y gestión del personal, la asistencia y apoyo al personal, la conciliación de la vida familiar y laboral, la asistencia religiosa y ejercicio del culto y la asistencia sanitaria.

Uno de los pilares básicos de la Innere Führung, desde su creación, fue la existencia de un servicio militar obligatorio. La presencia temporal de jóvenes en las Fuerzas Armadas, procedentes de todos los estratos sociales y prácticamente de cada familia tenía la función de “anclar” la Bundeswehr a la sociedad. No es deseable que ésta permanezca al margen, se desvincule, de lo que ocurre en sus Fuerzas Armadas. La exigencia del servicio militar ha significado, también, la evolución del modelo de liderazgo en la Bundeswehr desde su creación. La presencia de jóvenes que prestaban su servicio temporalmente, con sus circunstancias en cada momento, ha sido un factor a tener en cuenta en la transformación del liderazgo. Esto explica que, hasta la actualidad, no se haya suprimido el servicio militar obligatorio en el país, ni haya habido una conflictividad social en torno a él. Sin embargo, los mismos cambios sociales, junto con otros motivos, como la misma efectividad de personal con una escasa preparación ante misiones internacionales cada vez más complejas, han significado el fin para lo que fue uno de los fundamentos de la Innere Führung.

El objetivo central consiste en buscar la completa asimilación de los valores constitucionales en las Fuerzas Armadas y fortalecer su legitimidad frente a la sociedad civil. Se construye un modelo de liderazgo militar bajo control democrático y político, condicionado por la evolución de la sociedad civil y los valores constitucionales. Fomentar un estilo de liderazgo acorde con las tendencias en el vida civil, facilita la integración de los militares cuando finaliza su relación con las Fuerzas Armadas. Es por tanto un modelo en evolución permanente y que puede adaptarse a las necesidades en cada momento.

La configuración constitucional resultante de la doctrina de la Innere Führung, se materializó en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania⁸⁶:

Artículo 17a, [Restricción de determinados derechos fundamentales mediante leyes referentes a la defensa y al servicio sustitutorio]

(1) Las leyes relativas al servicio militar y al servicio sustitutorio podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y

⁸⁶ Cfr. Sitio oficial del Parlamento Alemán (Deutscher Bundestag) donde se puede consultar la Constitución en Español y Alemán <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

del servicio sustitutorio se restrinja durante el período de servicio el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen (artículo 5, apartado 1, primera parte de la frase 1), el derecho fundamental de la libertad de reunión (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva.

(2) Las leyes referentes a la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán establecer que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de circulación y de residencia (artículo 11) y de inviolabilidad del domicilio (artículo 13).

Artículo 26 [Prohibición de una guerra de agresión]

(1) Los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con esta intención, especialmente la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Serán reprimidos penalmente.

(2) Sin autorización del Gobierno Federal no podrán ser fabricadas, transportadas ni comercializadas armas de guerra. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 45 a [Comisiones de Asuntos Exteriores y de Defensa]

(1) El Bundestag nombrará una Comisión de Asuntos Exteriores y una Comisión de Defensa.

(2) La Comisión de Defensa tiene también las facultades de una comisión de investigación. A petición de una cuarta parte de sus miembros está obligada a iniciar una investigación sobre un asunto determinado.

(3) El artículo 44, apartado 1, no se aplicará en materia de defensa.

Artículo 45 b [Delegado del Bundestag para las Fuerzas Armadas]

Para la protección de los derechos fundamentales y en calidad de órgano auxiliar del Bundestag para el ejercicio del control parlamentario, se nombrará un Delegado del Bundestag para las Fuerzas Armadas. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 65 a [Mando de las Fuerzas Armadas] El Ministro Federal de Defensa ejerce la jefatura y el mando de las Fuerzas Armadas.

Considerar a los militares como ciudadanos en armas permite reconocerles los derechos fundamentales en términos de igualdad con los civiles, pero atemperados por razón de las funciones que desempeñan como

parte de las Fuerzas Armadas (Bundeswehr). El artículo 17a materializa este principio únicamente para el tiempo de servicio. Se excluye desde luego a los militares en situación de retiro. Se trata de una restricción temporal, por ello considero que encuadra perfectamente en el concepto de atemperación de los Derechos Humanos.

Podríamos considerar este principio como de restricción mínima pero protección máxima. Ello atiende a la naturaleza propia de las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas pero armoniza con una protección constitucional para sus integrantes. La enumeración de las atemperaciones es restrictiva. Su interpretación jurídica será también de orden limitativo y en caso de duda optar por la mayor protección, dentro de las atemperaciones, sin afectar la naturaleza del servicio militar y sus exigencias de eficiencia, y disciplina. Para mayor precisión la Constitución alemana señala el derecho fundamental que resiente la restricción y lo precisa de manera puntual.

Los Derechos Humanos atemperados por necesidad del desempeño de la función militar, se encaminan a preservar valores castrenses como el sigilo, el espíritu de cuerpo, la disciplina, la escala de mando, la imagen de las Fuerzas Armadas frente a la sociedad alemana y al mundo.

Se atemperan la libertad de expresar y difundir libremente su opinión. Ello en atención a que las Fuerzas Armadas son una institución obediente no deliberante. Éstas no tienen opinión obedecen las órdenes del mando legítimo. Durante el tiempo de servicio la doctrina militar y la difusión de los valores castrense deben constituir la opinión de sus integrantes.

El derecho fundamental de la libertad de reunión también tendrá una limitante. La justificación de ello es en esencia la misma, toda vez que los militares solamente deben reunirse bajo sus mandos naturales y para realizar actos del servicio. Cualquier otra posibilidad se convertiría en una reunión contraria a la ley y por ello en delito, como los de motín, asonada o rebelión. Las Fuerzas Armadas por esencia deben ser apolíticas, obedientes y no deliberantes. Por todo ello se justifica atemperar las libertades de reunión y asociación. El derecho de petición dentro de los ejércitos debe ante todo respetar la escala de mando y no salvar conductos. Para ello las ordenanzas militares deben establecer los procedimientos pertinentes. Pero las reclamaciones colectivas son contrarias a la disciplina y al respeto a las jerarquías militares. La atemperación de este derecho fundamental no es absoluta, ya que se permite a los militares ejercerlo acatando las normas castrenses y respetando los conductos jerárquicos.

La doctrina de la *Innere Führung* orienta los principios de tutela y el respeto a los Derechos Humanos de los militares individualmente considerados. Para ello la Constitución alemana creó la figura del Delegado del Bundestag para las Fuerzas Armadas, previsto en el artículo 45 b. Su misión consiste en proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en armas o militares. Este control parlamentario garantiza a los militares como individuos que se velará por el respeto a sus Derechos Humanos, aun dentro de las limitaciones constitucionales.

El modelo alemán de configuración constitucional de las Fuerzas Armadas es ejemplo del delicado balance que debe existir entre la naturaleza y características especiales de la corporación armada con los individuos que la conforman en cuanto al respeto de sus Derechos Humanos.

Trasladar este modelo a otros países no es tarea sencilla. No debemos olvidar que el modelo alemán es resultado de su historia, cultura y de la geopolítica, particularmente la europea de la segunda posguerra. También influyó la idiosincrasia del pueblo alemán y su hartazgo del militarismo como forma impura del desarrollo de las Fuerzas Armadas. Estas condiciones no serán las mismas en otras latitudes.

Como consideración final de este epígrafe, consideramos que las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas del militar encuentran su fundamento esencialmente en la protección de la seguridad, de los intereses de la defensa y seguridad nacional y del principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas.

La pauta para avanzar en este tema de las atemperaciones a los derechos fundamentales de los militares, la darán en el futuro los tribunales nacionales y los internacionales de Derechos Humanos. A golpe de sentencia se ha establecido que los civiles no deben estar sometidos a la jurisdicción militar, la proscripción de la pena de muerte, prisión vitalicia y la razonabilidad de las sanciones penales. También se ha reconocido en favor de los militares el acceso a los medios de defensa ordinarios y extraordinarios, con las mismas de los civiles.

Los países de América del Sur en general han configurado la existencia de tribunales militares permanentes en tiempo de paz. Sin embargo, han sido particularmente renuentes a adecuar su legislación militar, para atender a una serie de criterios que respeten el Estado democrático de derecho y para adecuar sus modelos de justicia militar a los estándares de derecho constitucional e internacional sobre el tema. En efecto, los poderes legislativos de los diferentes países han permanecido inactivos o poco activos en la producción de normas jurídicas para las Fuerzas Armadas. En todos los casos

encontramos que la jurisdicción militar ha tenido o continúa teniendo competencias que exceden a lo funcional y que pueden ser calificadas de excesivas, teniendo en cuenta que esta jurisdicción tiene carácter restringido y obedece a la necesidad de salvaguardar el mantenimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Otro problema generalizado ha sido el de la ausencia de garantías del debido proceso, ya sea porque los jueces son militares en activo y por tanto carecen de independencia e imparcialidad; o porque la jurisdicción militar puede juzgar a civiles con lo cual se vulnera el derecho al juez competente. En Latinoamérica, las nuevas tendencias y las presiones para adecuar los sistemas de justicia militar, han provenido de las sentencias de los tribunales civiles nacionales e internacionales, particularmente en cuanto a la tutela de los derechos humanos. En efecto, las resoluciones de las cortes supremas y de las cortes o tribunales internacionales, han definido las atribuciones de las Fuerzas Armadas y han delimitado la competencia de la justicia militar. Los ámbitos subjetivo y objetivo de la jurisdicción militar han enfrentado serios cuestionamientos precisamente por la afectación de los derechos humanos, no solamente de los civiles sino también del personal militar. Ello ha implicado la creación de nuevos modelos de organización de la jurisdicción militar, que se han convertido en producto de exportación. Así, en Argentina, en el marco de un procedimiento de solución amistosa, se comprometió ante la Comisión de Derechos Humanos reformar el sistema penal militar que tiene en la actualidad ya que su configuración vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos. El resultado final fue que Argentina suprimió la jurisdicción penal militar en tiempo de paz. Igualmente Chile, a raíz de una sentencia de la Corte Interamericana, está también obligado a reformar la jurisdicción militar como una de las medidas de reparación que puede traducirse en la obligación de adecuar el derecho interno de la Convención Americana. En Colombia, la Corte Constitucional colombiana ha jugado un rol fundamental en la adecuación de la justicia militar a los estándares mínimos que todo órgano jurisdiccional debe cumplir. En México la sentencia pronunciada en el caso Radilla Pacheco provocó una reforma integral del sistema de justicia nacional y particularmente limitó la competencia de los tribunales militares.

Se han registrándose en los últimos años situaciones de tensión entre instancias de la justicia común y la militar. En Colombia, Perú y México, la participación de las Fuerzas Armadas en el combate al terrorismo, la guerrilla o el crimen organizado, ha confrontado las estructuras tradicionales de las Fuerzas Armadas con el respeto a los Derechos Humanos. Los tribunales internacionales han emitido condenas obligando a la modificación de su legislación militar y a la configuración constitucional de su justicia militar.

B. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DETERMINA EL ESQUEMA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.

En la teoría de Samuel P. Huntington se advierte que en las relaciones civiles militares existe un imperativo funcional, que surge de la necesidad de contar con Fuerzas Armadas para la defensa de la sociedad y el Estado⁸⁷. Las Fuerzas Armadas existen y deben cumplir ciertos roles. En un Estado democrático de derecho, ello implica necesariamente que se construya un marco jurídico regulatorio de las fuerzas Armadas. Como institución del Estado y particularmente por su especial carácter de factor real de poder preponderante, debe contar con un marco legal particularmente restrictivo, pero que al mismo tiempo permita al instituto armado cumplir con las misiones que le corresponden de forma eficiente, disciplinada y respetuosa de los Derechos Humanos.

La institucionalidad jurídica militar debe partir de una configuración en las Constituciones de los Estados. La legislación secundaria debe seguir los lineamientos que establezca la norma fundamental. Estas afirmaciones sencillas en su planteamiento generan grandes dificultades para su efectiva implementación. En primer término aspectos de orden político van a poner obstáculos para adoptar modelos jurídicos de configuración castrense. Desde luego cada Estado tendrá sus propios escenarios y circunstancias particulares. Pero en términos generales y particularmente en Iberoamérica, las reformas en materia militar son particularmente sensibles y generan variopintas reacciones de los partidos y fuerzas políticas. Tal parece que el posicionamiento ideológico respecto a las Fuerzas Armadas genera una vorágine social que exalta las pasiones y obnubila el entendimiento. Tal pareciera que a las fuerzas militares se les percibe como un mal necesario.

En segundo término, resulta particularmente complejo confrontar doctrinas clásicas del derecho, particularmente de los Derechos Humanos, con la función militar. Figuras jurídicas aceptables para regular situaciones jurídicas en el mundo civil, resultan insuficientes en cuestiones militares. Por mencionar solamente un ejemplo, el contrato de enganche o contrato de incorporación al servicio voluntario de las armas, atempera los Derechos Humanos de los ciudadanos que causan alta en los institutos armados. Siendo los Derechos Humanos inalienables, entonces ¿cómo es posible que se puedan limitar voluntariamente por la decisión de un ciudadano de incorporarse al ejército, marina o fuerza aérea? Las particularidades de la vida castrense

⁸⁷ Cfr. HUNTINTONG, Samuel P. *El Soldado y el Estado, teoría y política de las relaciones cívico militares*. Grupo Editor Latinoamericano. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires, 1995. Pág. 47.

impone retos al profesional del Derecho, toda vez que no resulta fácil encuadrarla en figuras jurídicas tradicionalmente aceptable para la vida civil. Rial refiere el estamento militar es

“una institución total donde la vida se desarrolla bajo una única autoridad, en lugares específicamente designados para realizarlas. Todas las etapas de la actividad cotidiana de cada miembro de la institución total se llevan a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros miembros, a los que se da el mismo trato, y de los que se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Todas las actividades cotidianas están estrictamente programadas, de modo que a una acción que se realiza en un momento determinado le sucede la siguiente, y toda la secuencia de eventos se impone jerárquicamente, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo administrativo. Las diversas actividades obligatorias se integran en un único plan racional, deliberadamente creado para lograr objetivos propios de la institución. Se trata también de una institución (o serie de instituciones si se tiene en cuenta que existen diversas fuerzas más o menos autónomas) que a lo largo del tiempo ha reivindicado especificidad y separación respecto de la sociedad. Se ha justificado tradicionalmente al estatus especial y los privilegios de los integrantes de las fuerzas militares por ser la razón última a la que recurren los Estados, en términos weberianos, por tener el monopolio de la fuerza física. Son asimismo las fundadoras del derecho, dado que respaldan un régimen que luego desarrolla un orden jurídico, o son las que lo conservan. Esta separación es visible por el estatus profesional y organizacional, por el perfil cultural que asumen y por la autoimagen que se imponen.”⁸⁸

La tercera cuestión que se debe observar, consiste en que las Fuerzas Armadas no solamente deben ser reguladas constitucionalmente como corporaciones o instituciones de orden público. Es necesario además considerar las relaciones especiales de sujeción de los ciudadanos, en su consideración individual, que se incorporan.

La cuarta consideración, se refiere a las misiones de las Fuerzas Armadas y su temporalidad. Por regla general les corresponde la prestación del servicio público de la defensa nacional, proteger la soberanía, patrimonio y fronteras del Estado frente a agresores internos y externos. Ahora bien, la realidad proyecta que también asumen diversas tareas en función de las circunstancias particulares del estado donde sirven. En la actualidad tampoco

⁸⁸ RIAL, Juan. Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total. En *La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia*. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 11.

es claro cuando se está en tiempo de paz o de guerra. Incluso situaciones de emergencia nacional de orden interno deben ser precisadas constitucionalmente.

Un quinto aspecto se refiere a los principios internacionales que se han conformado respecto a la actuación de las Fuerzas Armadas. Los tribunales internacionales han emitido criterios jurisprudenciales que no deben ser soslayados para pergeñar una adecuada regulación de la materia.

Finalmente también se deben considerar las tradiciones militares de cada Estado, sus antecedentes históricos y condición geopolítica. Más aún, la propia opinión del sector militar, considerado como estamento social y como ciudadanos en lo individual. A pesar de la obviedad de este aspecto, al crear un marco jurídico regulatorio para las Fuerzas Armas, se consulta a todos los sectores de un país, menos a estas.

Amalgamar los cinco aspectos mencionados es una tarea que requiere de reflexión y habilidad de estadista para llevarla a un buen resultado. El marco regulatorio para las Fuerzas Armadas deberá partir de una configuración constitucional. En ella se deberá considerar al instituto armado en su conjunto, como una corporación del Estado. Asimismo habrá de considerarse al militar, en su aspecto individual, ubicándolo como “ciudadano en armas”. Doble aspecto que será analizado en seguida, iniciando con la configuración institucional del instituto armado y posteriormente atendiendo la naturaleza de la relación especial de sujeción que vincula al ciudadano con el servicio militar voluntario.

La primera tarea será definir y establecer el modelo de configuración para sus Fuerzas Armadas. Adoptar cualquiera de las doctrinas que el derecho comparado ofrece como alternativas. Se puede optar por el modelo institucionalista o divergente. En este, las Fuerzas Armas son una institución autárquica que separa las condiciones de ingreso y permanencia para los servidores públicos militares respecto de los civiles. Se trata de un doble estándar en cuanto a las relaciones administrativo laborales entre el individuo y la institución para la cual prestan sus servicios.

Existe la posibilidad de configurar al instituto armado con base al modelo administrativista o convergente que asimila plenamente a los servidores públicos civiles y a los militares. Ello significa que los militares tendrán las mismas condiciones laborales de los civiles, pero los primeros estarán sujetos a un régimen exorbitante de control administrativo que caracteriza las relaciones especiales de sujeción. A nivel constitucional se establecen las limitantes a los Derechos Humanos del personal militar. Este

modelo es el que utiliza Alemania, otorgando realidad jurídica al concepto de "ciudadano en armas".

Finalmente se puede optar por un modelo ecléctico que, más que combinar los esquemas anteriores, segmenta a las Fuerzas Armadas en función de la naturaleza y complejidad de sus misiones, así como de su importancia estratégica. Este modelo que adopta Estados Unidos de América determina que algunas unidades o servicios estratégicos requieren de una normativa más exigente que otras. De esta manera los comandos estratégicos nucleares o las unidades de fuerzas especiales, requieren un marco jurídico normativo mucho más exigente que aquellas unidades encargadas de tareas administrativos dentro de las Fuerzas Armadas.

Sea cual fuere el modelo adoptado, la Constitución deberá especificar aspectos tales como el mando de las Fuerzas Armadas, su actuación conjunta y su ubicación institucional dentro de la administración pública. Asimismo se deberán especificar claramente los controles constitucionales y legales a los que deberá estar sujeto el instituto armado. Ya sea en sede ejecutiva o legislativa deberá existir una clara definición constitucional de los alcances respecto al control y supervisión de las Fuerzas Armadas, por cuestiones estratégicas y de seguridad nacional.

Se deberán definir las misiones que corresponden a las fuerzas de tierra, mar y aire, dejando a la legislación secundaria los aspectos de organización, coordinación y al estado mayor conjunto.

También se deberá distinguir la actuación de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y en estado de guerra. Para esta segunda hipótesis, las leyes marciales que expidan los congresos o asambleas nacionales deberán favorecer la adecuada actuación de las Fuerzas Armadas.

En cuanto al tiempo de paz también deberán distinguirse diversas categorías. Partir de una conceptualización de "tiempo de normalidad institucional" en el cual las Fuerzas Armadas únicamente deberán abocarse a su adiestramiento y permanente capacitación. Pero aun en tiempos de paz existen situaciones conflictivas que ponen a la sociedad en riesgo. Desastres naturales o la falta de control en la seguridad pública pueden devenir en un estado de emergencia que afecte la seguridad nacional. Es por ello que también se debe de enunciar constitucionalmente diferentes categorías en cuanto a los estados de excepción. Con ayuda del derecho comparado podemos graduar las emergencias nacionales desde un simple estado de prevención, incrementándose a alarma, excepción, sitio o suspensión plena de los Derechos Humanos.

Otro gran aspecto de la configuración constitucional comentada se refieren al ciudadano que sirva profesionalmente en las Fuerzas Armadas. Se debe migrar al principio de relaciones especiales de sujeción, para normar los vínculos jurídicos entre el Estado y los ciudadanos que presten el servicio militar voluntario en cualquiera de sus modalidades. Seguidamente se deberá considerar la necesaria atemperación a los Derechos Humanos de quienes presten servicio. En este caso se deberá adoptar el principio de mínima limitación y máxima tutela. Los derechos que la constitución garantiza a sus habitantes no deberán limitarse más de lo estrictamente necesario para el adecuado desempeño del servicio público de seguridad nacional. También deberá establecerse el alcance temporal de dicha atemperación, toda vez que ésta no debe de afectar a los militares en situación de retiro. Se debe establecer una enumeración detallada de cuáles derechos humanos se deben atemperar y la medida y alcance de ésta. Se recomienda justipreciar y ponderar las necesidades del servicio frente a la atemperación mínima necesaria.

En términos generales la configuración constitucional debe vislumbrar una adecuada vinculación entre las Fuerzas Armadas y la sociedad civil, de tal manera que al término de una vida militar activa los retirados puedan asimilarse al sector productivo civil. Se debe favorecer un proyecto de vida al término del tiempo de servicio.

Para evitar contratiempos de orden político o bien que el debate se vicie de demagogia, el proyecto concreto para dotar de un marco jurídico a las Fuerzas Armadas, deberá ser diseñado desde el sector académico. Se requiere de un esfuerzo colectivo y adecuadamente informado para concretar el objetivo de construir un marco jurídico que proporcione legitimidad a la actuación de las Fuerzas Armadas frente a la sociedad; fortaleza institucional al instituto armado; seguridad jurídica a los militares en lo personal. Todo ello en clave de tutela de Derechos Humanos, pero preservando la operatividad y disciplinada eficiencia de las Fuerzas Armadas.

El objetivo consiste en dar seguridad institucional a las Fuerzas Armadas. Particularmente abonaría a la legitimidad de su actuación para los casos en los que deba asumir funciones de seguridad pública u otras necesarias para procurarle bienestar a la población civil. Todo ello sin soslayar los derechos fundamentales de los militares en lo personal.

El objeto específico de este trabajo de investigación, es la jurisdicción castrense o fuero militar. El debate al respecto debe iniciar en cada Estado con la siguiente pregunta: ¿debe subsistir o desaparecer la jurisdicción militar especializada? En caso de subsistir, ¿se debe configurar a nivel constitucional? Respecto a las leyes secundarias, que lleven al detalle los

principios constitucionales ¿debe administrarse por la justicia civil o por instituciones militares? La competencia subjetiva, objetiva y temporal también será motivo de consideración jurídica, en su doble aspecto, penal y disciplinario.

Por cuanto hace a la jurisdicción penal militar requiere de una configuración constitucional expresa. Se deben establecer los lineamientos y principios para la tipificación de los delitos estrictamente castrenses. Éstos deberán ser aquellos que vulneren valores jurídicamente relevantes para que las Fuerzas Armadas cumplan eficazmente las misiones que constitucionalmente se les asigne. Es más podríamos generalizar que los únicos delitos de corte militar son la insubordinación, la desertión y el abuso de autoridad, así como sus variantes y derivaciones. Asimismo debemos establecer los principios que orienten a la justicia disciplinaria militar. Se deberán plasmar en la norma constitucional los principios rectores del derecho disciplinario. Estos son la inmediatez, ejemplaridad, preservación de la escala de mando y cuestiones relacionadas con el proceso de su imposición la cuantía de la sanción y los recursos para combatirlas.

Las circunstancias particulares de cada país determinarán ya sea mantener, asimilar a las instancias civiles o desaparecer la jurisdicción militar especializada. Cada región tiene sus particularidades pero en Iberoamérica el debate ha sido más intenso y se encuentra en un nivel relevante de las agendas nacionales. Especialmente México y Perú enfrentan desafíos para dotar a sus fuerzas militares de legitimidad jurídica frente a entornos desfavorables y críticos por parte de la sociedad civil y los medios de comunicación.

Al referirse a los dilemas planteados por la justicia militar, investigadores de la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) indican que

“se advierten dos conflictos o dilemas en la configuración de la justicia militar en la mayoría de países de América Latina. El primero es de carácter político legal y se encuentra en la confusión que genera el surgimiento de un fuero especial y de normas propias del ámbito militar (Poder Ejecutivo), ya que éstos vulneran el principio básico de que el Poder Judicial es el único órgano que tiene la facultad de administrar justicia en un Estado. Esta situación nos pone en un escenario en que se contraviene principios democráticos elementales como la división de poderes del Estado. Cabe señalar que el dilema está referido principalmente a las normas de carácter penal y al fuero establecido para su juzgamiento. En cuanto al subsistema disciplinario, sus normas y aplicación, éstos han sido menos observados pues responden al ámbito administrativo de una organización. El segundo dilema es de carácter legal y se relaciona con el cuestionamiento de los

delitos militares y consecuentemente del subsistema penal militar. Aquí se pone en duda el fundamento legal de los llamados delitos militares partiendo de la premisa de que un delito supone atacar contra un bien jurídico tutelado por el Estado como la vida, la propiedad, la libertad, etc. Sin embargo, además que no existe en la mayoría de casos una definición precisa sobre el término, buena parte de los actos que los códigos de justicia militar comprenden como delitos militares únicamente conductas que trasgreden o dificultan la consecución de los fines de la organización militar, como la insubordinación, desertión, abandono del puesto, desobediencia, entre otros aspectos que en el contexto de sus responsabilidades resultan particularmente graves. De aquí surge el cuestionamiento sobre la legalidad de los fueros militares, sus facultades para aplicar normas y asignar penas a los integrantes de las Fuerzas Armadas e incluso a civiles. Sobre esto último además se cuestiona el hecho de que en algunos países puedan también ser juzgados civiles bajo los códigos de justicia militar, cuando por especiales circunstancias se encuentran involucrados en situaciones de carácter militar o cuando sus actos afectan los llamados bienes jurídicos castrenses. Ambos contextos llevan a muchos especialistas a poner en tela de juicio los excesivos alcances de la justicia militar y sobre todo, de los órganos y normas penales militares. Se cuestiona además las implicancias de los procesos desarrollados por estos órganos, tomando en cuenta que son llevados al interior de organizaciones donde la verticalidad y obediencia jerárquica que rigen la institución no suelen garantizar la neutralidad y más bien, tienden a facilitar situaciones de arbitrariedad y abusos. Éstos, además de otros conflictos o problemáticas específicos (como la ambigüedad de las normas militares, las escasas garantías que suelen existir para los acusados, la inconstitucionalidad y descontextualización de ciertas penas, entre otros), ocasionan actualmente controversias en el tratamiento de la justicia militar.”⁸⁹

La reflexión citada refleja cuan complejo es el acercamiento a la justicia militar desde la ortodoxia doctrinaria. En efecto, las tradiciones, los prejuicios, el temor, el mito, por mencionar algunos efectos del velo que ha cubierto al estamento militar particularmente en Iberoamérica.

En este capítulo pretendemos demostrar que el diseño institucional de la jurisdicción militar se establece en función de la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas.

⁸⁹ RIAL, Juan (compilador). *La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia*. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 42.

1. La Función Pública Militar y su Configuración Constitucional

Tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas. ¿Cuál debe ser la misión de las Fuerzas Armadas en las sociedades contemporáneas?; ¿Pueden ser consideradas como servicio público?; ¿Qué tipo de normas las deben regir?; ¿Debe existir alguna diferencia entre las normas que regulan la administración pública civil y la militar?

La respuesta a estas interrogantes, serán orientadoras del tema central de esta investigación: ¿se justifica una jurisdicción militar especializada tanto penal como disciplinaria, como necesaria para la consecución de la misión constitucional que se asigne a las Fuerzas Armadas?

Debemos partir de la consideración de que toda actividad del Estado, deberá estar encaminada hacia la concreción del bien común y a la satisfacción de los mínimos de bienestar que permitan el adecuado desarrollo de sus habitantes. En consecuencia, si el estado ejerce el monopolio del uso de la fuerza legítima, esta actividad deberá estar encaminada hacia los fines mencionados. En un estado de derecho, los servicios públicos, deben estar regulados por normas de orden público e interés general, cuyas disposiciones serán de naturaleza irrenunciable e imperativa. Lo anterior nos conduce a considerar las misiones de las Fuerzas Armadas dentro de este contexto, como un servicio público, brindado por la administración pública, pero de especial relevancia y trascendencia, toda vez que de la eficacia con la que sea prestado, dependerá la existencia misma del estado. Se trata de un servicio público *sui generis*, que requerirá por ello un tratamiento normativo especializado.

Desde la creación de los Estados Nacionales, se ha considerado a las Fuerzas Armadas, como un instrumento a su servicio, monopolizador de la fuerza. Como señala Nevado Moreno, el ejército, proporciona la necesaria seguridad a efecto de desarrollar las funciones y cometidos del Estado; “o, *de forma más precisa, posibilitándole satisfacer una de sus primeras necesidades: existir, ya que el Estado ha de realizar su destino; aseveración que nos conduce necesariamente al concepto de Defensa Nacional*”⁹⁰.

En efecto, el Estado se ha visto en la necesidad de desarrollar los medios necesarios y eficaces para responder a posibles agresiones internas o externas, que amenacen, traten de evitar o afecten sus fines y desenvolvimiento, asegurando a través de sus nacionales, su existencia,

⁹⁰ NEVADO MORENO, Pedro T. La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 147

seguridad interior, exterior e independencia. Son las corporaciones de fuerza organizada, tales como ejército, armada, fuerza aérea, policía, gendarmería, guardia civil y demás similares, las que coadyuvan con las otras instituciones del Estado, ejerciendo el monopolio exclusivo del ejercicio legítimo de la violencia. Max Weber provee la definición clásica: “El *Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia física legítima.*”⁹¹ Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho a la violencia”.

En opinión del abogado naval Carlos Sastré Villacorta: “los ejércitos constituyen en la actualidad una realidad social necesaria y son, instituciones básicas del estado, por lo que necesariamente deben estar sujetos a una legislación controladora de su actividad y fijadora del poder de quien dependan.”⁹²

Autores como Oehling, le otorgan un lugar destacado a la defensa militar, al considerarla el fin primario del Estado, precediendo a cualquier otra función u objetivo.⁹³

Esta postura podría ser considerada como extrema, si consideramos los principios de política exterior, generalmente aceptados, tales como la no intervención, la solución pacífica de controversias, la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la igualdad jurídica de los Estados, la cooperación internacional para el desarrollo, el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales⁹⁴. Sin embargo, las Fuerzas Armadas, no solamente están destinadas a garantizar la existencia del Estado, aportando la necesaria seguridad y defensa frente a posibles agresiones sin perjuicio que, en determinadas ocasiones, puedan serle encomendados otros fines distintos al expuesto. En efecto, el estamento armado también puede apoyar subsidiariamente labores de seguridad pública, protección del patrimonio

⁹¹ WEBER, Max, “La Política como Vocación”., Madrid: Alianza Editorial, 1984., pág.76

⁹² SASTRÉ VILLACORTA, Carlos. Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar, SISTA, México, 2002, pág.21

⁹³ OEHLING, H.. La Función Política del Ejército. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1967, págs.38 y ss., citado por NEVADO MORENO, op. cit.

⁹⁴ El artículo 89 fracción X Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece los principios que orientan la política exterior mexicana.

estatal, su medio ambiente y recursos naturales y estratégicos, pero sin duda también participar en operaciones para el mantenimiento de la paz, en el marco de los organismos internacionales, cuya vocación consiste en mantener la estabilidad a niveles regional y global.

La defensa del Estado se ha articulado tradicionalmente en torno a una organización armada de carácter permanente (Ejército, Armada, Fuerza Aérea). La validez de esta afirmación, no se afecta por la determinación de ciertos países de suprimir sus fuerzas armadas y centrar su defensa en el derecho internacional y las instituciones de seguridad creadas por tratados o acuerdos multilaterales, independientemente de que cuenten con organizaciones permanentes de orden policial y de seguridad fronteriza.⁹⁵ En efecto, por su posición geopolítica al estar ubicados en las áreas de influencia o control militar de potencias en la materia, resulta inútil una fuerza armada con fines de defensa exterior. Resulta más conveniente y políticamente adecuado sustentar su estrategia de defensa en la legitimidad de una diplomacia de principios y en la alianza con los bloques de defensa hegemónica de la región.

Partiendo de esta premisa en la que se ha establecido de forma muy sucinta la necesaria presencia de una organización armada de carácter permanente, busquemos una definición para esta. Martínez Alcubilla, define al Ejército como:

“la universalidad de las fuerzas costeadas por el Gobierno, o la reunión de una parte de estas fuerzas con un objeto o destino especial” destino que, coherentemente con lo expuesto en las líneas precedentes, no sería otro que la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior.⁹⁶

Para Sastré Villacorta,

“las Fuerzas Armadas son agrupaciones científicas y técnicas, cuya misión es una función normal de la autoridad estatal destinada a mantener la integridad del territorio, salvaguardar la soberanía nacional

⁹⁵ Países que por diferentes circunstancias de política interna, han suprimido una fuerza armada permanente: Costa Rica (1949), Panamá (1994), Haití (1995), por mencionar solamente algunos en el ámbito americano,.

⁹⁶ MARTINEZ ALCUBILLA, Marcelo, citado por Nevado Moreno, Pedro T. “La Función Pública Militar”, pág. 148.

y coadyuvar con las autoridades estatales al mantenimiento del orden constitucional”⁹⁷.

Posada considera la existencia del poder militar como una manifestación de las funciones del Estado, constituyendo su órgano o institución: la Fuerza Armada, entendiendo que se trata de un elemento constitutivo del Estado, prolongación del poder ejecutivo (depositario de la fuerza coactiva):

“El peligro exterior y la amenaza interior, junto con el criterio reinante respecto de la función coactiva del Gobierno, determinan en el Estado moderno, la formación de la Fuerza Armada”⁹⁸.

Los autores citados coinciden en la misión que se atribuye a las Fuerzas Armadas: salvaguardar la soberanía nacional y su integridad territorial de amenazas externas y mantener la seguridad interior, de manera subsidiaria, en apoyo de las autoridades estatales conforme al orden constitucional.

Esta actividad encuadra, de manera genérica, dentro del concepto de Defensa Nacional, que de suyo corresponde a un servicio público, *sui generis*, cuyo principal destinatario es el Estado en su conjunto, por lo que los ciudadanos sólo reciben de forma indirecta la prestación del mismo. Como lo cita Nevado Moreno, “*las Fuerzas Armadas atienden antes a los intereses estatales que de la colectividad y en este punto de no coincidencia es donde se halla la especialidad servicial de la organización militar*”⁹⁹

Es posible observar a primera vista una antinomia. En efecto, los servicios públicos atienden a las necesidades de los gobernados y se establecen para beneficio común, pero las Fuerzas Armadas atienden a las necesidades del gobierno del estado y sólo subsidiariamente a los de la población. En consecuencia, ¿realmente podemos considerar que las Fuerzas Armadas desempeñan un verdadero servicio público? La duda aumenta cuando consideramos que el grupo gobernante, al disponer de las Fuerzas Armadas, puede utilizarlas para favorecer sus intereses coyunturales.

⁹⁷ Op. Cit., SASTRÉ VILLACORTA, pág. 21

⁹⁸ POSADA, Adolfo, Tratado de Derecho Administrativo, citado por Nevado Moreno, Pedro T. La Función Pública Militar, pág. 148.

⁹⁹ NEVADO MORENO, Pedro T. “La Función Pública Militar”, pág. 151.

A pesar de lo anterior, considero que la función militar sí constituye un servicio público. Es más me atrevería a afirmar que se trata del servicio público por excelencia, ya que vincula a los ciudadanos mediante una serie de deberes y prerrogativas constitucionales, con la defensa de la patria, en un sistema militar preceptivo en el que no cabe asumir voluntariamente la obligación militar, sino que esta le resulta imperativa por disposición constitucional. Su finalidad consiste en mantener la existencia misma del estado y su gobierno, sin los cuales no habría servicio público alguno. Es más, la peculiaridad de este servicio público, radica en que es el único en el que se compromete la vida de quienes lo brindan. En efecto, mencionando el caso de México, cuando se rinde la protesta de ley para ingresar al servicio de las armas, se manifiesta que se cumplirá con esta función “*hasta perder la vida*”.

La delimitación del concepto de Función Pública militar, parte del previo reconocimiento de la existencia de un servicio público, subordinado al bien común, del que se beneficia la sociedad en su conjunto, dirigido esencialmente a cumplir los fines enunciados en las constituciones de los estados, es decir, la defensa de la soberanía e independencia del Estado, junto a su ordenamiento constitucional. Servicio que dadas sus peculiaridades, obliga a un especial tratamiento de sus servidores, concretado en una regulación normativa propia. Se trata como señala Nevado Moreno¹⁰⁰, de “una actividad de interés público, sujeta a dos tipos de normas, en función del ámbito afectado:

- Normas referidas a comportamientos profesionales, enmarcadas en un ámbito deontológico.
- Normas de carácter socio-laboral, abarcando los modos y condiciones de permanencia en la profesión militar.
- De esta forma, la función militar estaría configurada por tres áreas distintas:
- Contenidos profesionales: enseñanza y atribuciones propias de la profesión militar.
- Comportamientos profesionales: exigencia estricta de una conducta concreta.
- Estado profesional: conjunto de normas que fijan las obligaciones y derechos de los militares.”

Este conjunto de normas deben distinguir la administración pública militar, de aquella de índole civil, a efecto de configurar normativamente, la especial naturaleza que le corresponde a las Fuerzas Armadas y al personal

¹⁰⁰ CASAUX RODRÍGUEZ, E. “Aproximación al Concepto de Función Militar, (pp. 881 y 892), citado por Nevado Moreno, Pedro T. La Función Pública Militar, pág. 153.

que las componen, en sintonía con las misiones que constitucionalmente se le asignan.

Para conseguir este propósito, se requiere una regulación de la función militar al máximo nivel jerárquico normativo, es decir en la constitución del estado. Si bien es cierto que en los textos fundamentales, generalmente se hace referencia a un genérico estatuto de la función pública en el que puede tener cabida la función militar o servirle de modelo, también lo es que ello no debe ser la mejor opción a la vista del razonamiento expuesto. En efecto, un precepto constitucional debe justificar y posibilitar la existencia de un cuerpo normativo que determine los parámetros de la legislación ordinaria o secundaria respecto de las tres áreas señaladas de la función militar: a) enseñanza y atribuciones propias de la profesión militar; b) exigencia estricta de una conducta concreta; c) obligaciones y derechos de los militares.

Comparativamente las constituciones española y mexicana, adoptan los parámetros mencionados, con algunas variaciones. La española determina la composición de las Fuerzas Armadas, su misión esencial y remite a una ley orgánica que regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de Constitución (artículo 8); relativiza el derecho a la vida en tiempo de guerra (artículo 15); establece la posibilidad de imponer sanciones privativas de libertad en el ámbito disciplinario militar (artículo 25 *contrario sensu*); limita los derechos laborales de sindicación a los cuerpos sometidos a disciplina militar (artículo 28.1); menciona la existencia de una legislación especializada para los miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 29.2 *in fine* y 70.1 e). La constitución mexicana hace lo propio de manera más detallada y extensa en los artículos 10, 13, 16, 31, 32, 35, 36, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123, 129 y 130 constitucionales, que serán analizados de manera detallada en los siguientes capítulos.

Esta reflexión nos permitiría distinguir entre administración pública civil y la militar. La administración militar es, “la figura a quien se le encomienda en el conjunto del Estado la *Defensa Nacional*”¹⁰¹; tal organización, también se define siguiendo a Guaita como el “*sector de la actividad administrativa que provee a la seguridad y defensa exterior e interior del Estado*”.¹⁰²

¹⁰¹ NEVADO MORENO, Pedro T. La Función Pública Militar, pág. 150.

¹⁰² GUAITA, Derecho Administrativo Especial, vol. I, 3ª edición pág.67 Librería General, Zaragoza 1967, citado por Nevado Moreno, Pedro T. La Función Pública Militar, pág. 149.

La administración pública militar estará conformada por todos los cuerpos que se encuentren sometidos a disciplina militar. El servicio público fundamental que prestan los institutos armados es en sentido amplio el de la seguridad nacional, que engloba la defensa exterior y la salvaguarda de la institucionalidad y el orden en lo interior. De esta manera no solamente se pueden incluir en tal categoría a los tradicionales componentes de las Fuerzas Armadas, ejército, armada, fuerza aérea, sino también todos los cuerpos militarizados sometidos a régimen disciplinario especial, como sería la Guardia Civil Española, los Carabineros Chilenos o como se pretende en México, la Gendarmería Nacional.

La constitución española, distingue la administración civil de la militar¹⁰³. Caso contrario sucede con la constitución mexicana, que *de iure* engloba ambas dentro del concepto de administración pública federal.

Se puede afirmar que las Fuerzas Armadas no son una institución, en el sentido que a este concepto se ha dado en el Derecho público, sino sólo una parte de la Administración pública, pero también se puede decir que la misma Administración Pública es una institución, entonces, también lo serán las Fuerzas Armadas¹⁰⁴.

Pero si las Fuerzas Armadas no son sólo Administración pública, o son una administración especial, entonces, ¿en qué consiste ese “algo más”, que hace que las Fuerzas Armadas no sean sólo Administración Pública y que, en definitiva, distingue o singulariza a las Fuerzas Armadas con respecto a la administración?

La pregunta resulta obligada, ¿tiene algún efecto práctico esta diferenciación?, sobre todo que, en ambos casos, en el órgano de la cúspide organizativa coinciden ambas administraciones, militar y civil, puesto que es, en efecto, el gobierno quien, conforme al precepto citado, las dirige.

Ambas constituciones coinciden en la importancia que se atribuye a la “misión” que tienen encomendada las Fuerzas Armadas y que se vincula nada

¹⁰³ Constitución española, artículo 97: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

¹⁰⁴ Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO. Tratado de Derecho Administrativo_, volumen 1, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 60

menos que a la propia supervivencia de la comunidad nacional.¹⁰⁵ Con ello se explican las peculiaridades de régimen y de naturaleza de las Fuerzas Armadas, que se regulan, con relación a los poderes e instituciones del Estado. Si establecemos una relación entre la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas con el resto de la administración del estado, podremos llegar a perfilar su naturaleza.

Para concluir este capítulo, propondremos conceptos de función pública militar, puntualizando las ventajas de su adopción a nivel constitucional.

Para autores como Peñarrubia Iza, en sentido objetivo, “la función militar es aquella función pública prestada por el Estado para la salvaguarda de la independencia y de la soberanía nacional, para la Defensa Nacional, por medio de la organización militar.” En sentido subjetivo, “la función militar sería el conjunto de personas que, sometidas a la disciplina militar, prestan sus servicios de manera voluntaria en la organización militar del Estado, sea en las Fuerzas Armadas o en los cuerpos integrados en la administración militar, o bien en los cuerpos o institutos armados de naturaleza militar.”¹⁰⁶

En España, la Ley 17/1989 sobre el Régimen del Personal Militar Profesional (derogada), definió la Función Militar. Desde un punto de vista objetivo como:

“un servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del Gobierno, para cumplir la misión definida en el artículo 8.1 de la Constitución”. También considera que la función militar se presta por la Guardia Civil en cumplimiento de las misiones de carácter militar de acuerdo con la Ley Orgánica correspondiente. (artículo 1.1). La perspectiva subjetiva implica que: “La condición militar la adquieren quienes con una relación de servicios profesionales se incorporan a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil, los que lo hacen en cumplimiento de las

¹⁰⁵ La **Constitución española** en el artículo 8 establece: 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución. La **Constitución mexicana** en el artículo 89 fracción VI, dispone: Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

¹⁰⁶ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, Presupuestos Constitucionales de la Función Militar, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág.50.

obligaciones militares que la Ley del Servicio Militar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Constitución, establece para los españoles y los que ingresan en los centros docentes militares de formación.” (artículo 1.2)¹⁰⁷

Para Nevado Moreno,

“el funcionario militar sería aquel funcionario que participa de forma directa en la consecución del fin último de la Administración Militar, la *Defensa Nacional*, rasgo que lo define y diferencia a la vez de aquellos otros que, prestando sus servicios en el ámbito castrense de la Administración, no adquieren la calificación de tales al desempeñar funciones meramente auxiliares al fin aludido, o, como Muñoz Alfonso indica, “*sólo cumplen funciones coadyuvantes o cuando aquel fin no exige por naturaleza la calificación de status militares*”.”¹⁰⁸

El concepto jurídico de la función pública militar, deberá construirse a partir de la tarea que constitucionalmente sea asignada a las Fuerzas Armadas, que en esencia consistirá en la preservación del estado mismo, con su cultura e idiosincrasia. Se trata del servicio público por excelencia, en cuya prestación, jurídicamente se involucra, voluntaria o imperativamente, a todo ciudadano. Su regulación corresponde a normas taxativas y de orden público, orientadas a lograr la eficacia en el cumplimiento de tan elevada misión, ya que si fracasan en ello, desaparece el estado. Por ello, quienes quedan vinculados a la prestación del servicio de las armas, están sujetos a un régimen de excepción que garantiza el cumplimiento de sus misiones con eficacia y eficiencia. Para ello se requiere aplicar una disciplina de especial rigor, que favorezca el principio de autoridad y jerarquía. En consecuencia, la deontología de las normas jurídicas militares, se construye para favorecer el cumplimiento de la misión, quedando subordinados valores que ordinariamente serían superiores. En efecto, la vida, valor supremo por antonomasia y otros derechos humanos, quedan afectados para el personal militar al efectivo cumplimiento de su misión.

Configurar a nivel constitucional, de manera clara y completa la función pública militar, plasmando sus grandes líneas conceptuales, genera ventajas. En primer término abona al principio de seguridad jurídica, toda vez que otorga sustento normativo al régimen de excepción del sector militar, en

¹⁰⁷ España canceló el servicio militar obligatorio para sus ciudadanos. En México se conserva el servicio militar obligatorio, seleccionando a los conscriptos mediante sorteo.

¹⁰⁸ NEVADO MORENO, Pedro T. La Función Pública Militar, pág. 153.

sus vertientes laboral, penal, disciplinario y administrativo. También permite establecer un modelo axiológico propio, con valores y bienes jurídicos de naturaleza militar, que serán tutelados por un derecho penal castrense; los delitos de función, así denominados por referirse a la función pública militar, estarán diseñados para tutelar los valores jurídicos necesarios para el efectivo y eficiente cumplimiento de las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas. De esta manera, los tribunales militares y los órganos de procuración de justicia militar, únicamente se ocuparán de los delitos eminentemente castrenses, dejando al conocimiento de la justicia ordinaria las demás conductas ilícitas cometidas por el personal militar.

Sin duda, la permanencia o desaparición del fuero militar es una decisión fundamental de Estado. Sea cual fuere el camino escogido, existe un determinismo respecto al modelo configuración constitucional de la función militar y el destino dado al jurisdicción militar, ya sea disciplinaria o penal.

Según Rial, “desde el punto de vista organizativo, los militares hasta el siglo XX tenían una serie de técnicas de conformación estructural y funcionamiento que solían ser copiadas por la sociedad civil. Hoy la situación tiende a revertirse: es la fuerza militar la que copia y adopta pautas que aparecen primero en la sociedad.” Lo anterior lo explico desde una triple perspectiva. En función de la evolución de las relaciones civiles militares, donde cada vez es más aceptada la subordinación militar a la conducción civil. También desde la perspectiva del avance en la tutela de los Derechos Humanos que desarrolla principios que inciden en la administración militar. Finalmente con el aumento de la expectativa de vida, hay más militares en situación de retiro que deben reincorporarse a la productividad civil.

En el epígrafe siguiente describiremos los modelos de configuración constitucional de la función militar, a partir de la comparación de los textos constitucionales sobre la materia. Finalmente proponemos las categorías correspondientes.

2. Modelos de Configuración Constitucional de las Fuerzas Armadas

Referirnos a las Fuerzas Armadas, lleva implícita las ideas de organización y disciplina, que de toda necesidad obligan a la creación de un orden normativo particular, que satisfaga dichas características. También se debe considerar el espíritu de clase del estamento militar que lo convierte en un factor determinante en las sociedades. La regulación constitucional de las Fuerzas Armadas no debe soslayar estos aspectos, además de considerar al instituto armado, en todo momento, como un factor real de poder.

Establecida la necesidad de regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, ¿qué patrón sería el más compatible con las democracias liberales contemporáneas? El tema es de la mayor relevancia, ya que las Fuerzas Armadas, son la única institución que se configura dentro de la constitución, a efecto de exceptuar a sus integrantes de los derechos fundamentales que reconoce al resto de la población y mantenerse como corporación estatal, al margen de la misma. En efecto, a los militares en servicio activo, se les limitan sus derechos políticos, la libertad de tránsito, de reunión y se les juzga por tribunales especiales cuando cometen un delito o falta administrativa. Todo ello y más, se justifica por las misiones que se les asignan a las Fuerzas Armadas, de cuyo cumplimiento eficaz depende la subsistencia del Estado. Pero además las autoridades civiles deben controlar y someter a sus Fuerzas Armadas, para evitar que sean la fuerza dominante.

¿Cuáles son los aspectos de las relaciones cívico-militares que deben ser normadas a nivel constitucional? ¿Cuáles son los principios normativos de las Fuerzas Armadas, que se han desarrollado durante la evolución del Estado liberal democrático contemporáneo? ¿Es la jurisdicción militar uno de estos aspectos? Como lo afirmó Huntington, la estabilidad de las relaciones civiles militares depende, básicamente, del diseño institucional, que incluye su configuración constitucional.

En mayor o menor medida, los textos constitucionales reservan a las Fuerzas Armadas una parcela propia de poder, que nadie les disputa ni tampoco, hasta ahora, les cuestiona. Sin embargo se les menciona desarticuladamente, utilizando incluso lenguaje obsoleto para los tiempos actuales¹⁰⁹. Tal parece que su indudable carácter de factor real de poder, ha desplazado su naturaleza pública, así como la necesidad de su inclusión dentro de los poderes del Estado. No se las trata como a una parte más de la Administración Pública, sino como una “potencial amenaza”, de la que la sociedad civil tiene que cuidarse. En opinión de Jorge Mario Battaglio, “los militares eran necesarios sólo en tiempo de crisis, cuando la sociedad reconocía la necesidad de Fuerzas Armadas, cuando el peligro desaparecía se aislaba nuevamente a los militares, lejos de las ciudades, hasta que surgiera un nuevo conflicto.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Tal es el caso de México, en el que el artículo 13 constitucional refleja claramente este fenómeno.

¹¹⁰ BATAGLINO, Jorge Mario. Las relaciones Cívico-Militares y su Status Teórico. Fundación Simón Rodríguez, Buenos Aires, 1997, pág. 56.

A los militares en servicio activo, se les excluye de la política y de la judicatura; en algunos países, también se les mantiene alejados de la práctica religiosa y sus derechos fundamentales se restringen en aras de la misión asignada a las Fuerzas Armadas. A diferencia de otros países, en los cuales la constitución señala las misiones que corresponden a sus Fuerzas Armadas, en México solamente se faculta al Presidente de la República para disponer de ellas para la “defensa exterior y seguridad interior del país”. Categóricamente la Constitución dispone que en tiempo de paz, los militares deben adiestrarse en las funciones que les son propias, permanecer en sus cuarteles y estas instalaciones ubicarse fuera de las poblaciones civiles. Consideramos que ello obedece principalmente al peso histórico-político de la actuación del poder militar, aunado al mal empleo de la fuerza armada en diversos momentos históricos; y a la particular naturaleza de la función militar, que frecuentemente choca contra los principios clásicos del derecho, dificultando su dogmatización y en consecuencia su regulación jurídica.

La manera en que los textos constitucionales regulan a las Fuerzas Armadas, es un indicador de su importancia como agente político. En efecto, la mayor o menor extensión de dicha regulación, el lenguaje empleado en su texto, la ambigüedad o claridad de su contenido, reflejan las experiencias que se han tenido con el sector militar. En este sentido se pronuncia Lorenzo Cotino Hueso, al indicar que:

“Sin perjuicio de los contenidos de la regulación constitucional, cabe señalar la distinta significación que tiene el hecho de una mayor o menor extensión de dicha regulación de lo militar. De un lado, una escasa incorporación al texto de la ley fundamental del fenómeno militar puede implicar que se da cobertura a la existencia del poder militar, ésta sería la visión que se puede desprender de nuestro constitucionalismo histórico. Al estamento armado se le concebía bastante al margen del sistema político civil que constitucionalmente se configuraba. En contextos políticos con negativas experiencias militares como el español, siempre que la voluntad sea descartar cualquier tipo de autonomía política para las Fuerzas Armadas o un mal empleo de las mismas por el poder, la seguridad jurídica aconseja regular expresamente diversos aspectos del ámbito militar. Así, la constitucionalización de lo militar no acostumbra a la brevedad¹¹¹ donde existe poca tradición de respeto de la supremacía civil y/o una

¹¹¹ Esta brevedad se constata en un grupo de países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda y Gran Bretaña, donde básicamente sólo se regula qué órgano tiene el mando de las Fuerzas Armadas, el poder de declarar la guerra y ciertas funciones del Parlamento, siendo que el resto de las cuestiones se reconducen a las normas generales y la actuación general del parlamento respecto de los Derechos Fundamentales de los militares. Así se constata en NOLTE, Georg, *European Military Law Systems*,

reciente de la participación política de las Fuerzas Armadas como en España, Grecia¹¹² o Portugal¹¹³ – o donde se pretende resarcirse de la pretérita actuación de la fuerza militar –como en Alemania¹¹⁴ o Austria”¹¹⁵.

¹¹² En el mes de julio de 1974, desaparecía el régimen dictatorial de «los coroneles» y el 9 de junio de 1975 se aprobó la Constitución de la República de Grecia, modificada en 1986. En su texto se recogen numerosos preceptos relativos a lo militar y la defensa destacando especialmente la exigencia de neutralidad y apartidismo: art. 4 (servicio militar obligatorio y defensa de la Patria por todo ciudadano); art. 6 (puesta en libertad de funcionarios militares); art. 14 (limitación de informaciones relativas a la defensa militar o dirigidas a la subversión por la fuerza); art. 18 (leyes especiales de requisa y movilización); art. 21 (atención del Estado a víctimas de guerra); art. 22 (leyes especiales de movilización para guerra o necesidad); art. 27 (ley para permitir tropas extranjeras); art. 29 (prohibición absoluta de manifestaciones políticas a militares); art. 30 (prórroga presidencia para el caso de guerra); arts. 35, 36 Y 37 (refrendo de la declaración presidencial de la guerra y comunicación a las cámaras); art. 45 (suprema jefatura de las Fuerzas Armadas por el Presidente República, cuyo mando efectivo es del Gobierno); art. 48 (derecho de excepción); art. 53 (prolongación de la legislatura en caso de guerra); art. 56 (inegibilidad de miembros de las Fuerzas Armadas); art. 68 (mayoría absoluta en comisiones de defensa); art. 73 (procedimiento legislativo en materia de leyes relativas al estatuto de militares); art. 96 (leyes especiales sobre Tribunales militares, excluidos para civiles, independencia de la jurisdicción militar); art. 119 (relativo a la incompatibilidad de los militares). Esta breve referencia a la evolución político militar en Grecia se obtuvo en AGÜERO, Felipe, *Militares, Civiles y democracia*. La España postfranquista en perspectiva comparada, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 363.

¹¹³ En Portugal, el papel de los militares en la salida del régimen de SALAZAR fue totalmente contrario al de las Fuerzas Armadas españolas pues fueron ellos -los militares- los que pusieron fin a dicha dictadura. Este papel desempeñado se expresaría en la Constitución que se redactó directamente bajo la tutela del Movimiento de las Fuerzas Armadas, dando lugar a un texto que, hasta su posterior reforma en 1982, no reunía los requisitos de democraticidad por cuanto a la sumisión del poder militar bajo el poder civil, no obstante, fue luego modificada. Sobre ello, véase CASADO BURBANO, Pablo, “La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, n° 66, enero-marzo 1977, págs. 13-30, en concreto, págs. 25-27 y, en especial, FREITAS DO AMARAL, Diogo, “La Constitución y las Fuerzas Armadas”, *Revista de Estudios Políticos*, 60-61, abril-septiembre de 1988, págs. 607-620. La Constitución portuguesa de 1976 es, como es sabido, una de las constituciones más extensas en el constitucionalismo comparado. Desde un inicio, su dedicación al fenómeno militar y de la defensa fue bien amplio. Sin perjuicio de atenciones concretas, así como de su propio preámbulo, en el que se destaca el propio avenimiento constitucional tras la actuación de las Fuerzas Armadas baste señalar los preceptos del texto que atienden a esta parcela: art. 7 (solución pacífica en conflictos internacionales); art. 15 (negación del servicio en las Fuerzas Armadas a los extranjeros), art. 19 (derecho de excepción); art. 21 (derecho de resistencia); art. 27 (excepción a los militares en garantías de la libertad); art. 31 (reconocimiento del habeas corpus en la justicia militar); art. 41 (reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia); art. 46 (limitación de asociaciones de tipo militar); art. 123 (atribución al Presidente de la República de la Comandancia Suprema de las Fuerzas Armadas); art. 136 (presidencia del Consejo Superior de Defensa Nacional y nombramiento de altos cargos militares); art. 137 (reiteración comandancia suprema y competencia del Presidente de la República en materia de Derecho de excepción); art. 138 (repart. de poderes en declaración de guerra y paz); art. 141 (repart. de poderes en materia de estado de sitio); art. 148 (competencia del Consejo de Estado en materia de guerra y paz); art. 167 (reserva de ley absoluta sobre defensa, bases de la organización militar y derechos del militar); art. 215 (reconocimiento de la jurisdicción militar y competencia de ésta para juzgar a civiles); título X de la Defensa Nacional: art. 273 (objetivos de la defensa nacional); art. 274 (existencia del Consejo Superior de la Defensa, ahora consultivo); art. 275 (atribución a las Fuerzas Armadas de la defensa militar); art. 276 (sistema de servicio militar obligatorio).

¹¹⁴ En Alemania el peso del principio monárquico en el ámbito militar ha sido tradicional desde el siglo pasado, y en alguna medida aún persiste en el presente régimen constitucional. No obstante, tras la

En países con una negativa experiencia militar, la lógica apuntaría a tres diferentes sistemas, con un mismo propósito, alejar a los miembros de las Fuerzas Armadas del activismo político y prevenir el desborde institucional a que son proclives los ejércitos cuando se les utiliza políticamente:

a) Ello se lograría, mediante una regulación pormenorizada y restrictiva, a efecto de limitar las funciones de las autoridades militares exclusiva y estrictamente a aquellas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Se prohíbe, en un plano normativo, a las Fuerzas Armadas y a sus integrantes, realizar cualquier actividad que no tenga exacta conexión con la función militar.

b) Otro modelo sugiere que el texto constitucional no sea muy expresivo en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, precisamente para

Segunda Guerra Mundial se buscó en Alemania una nueva fuente de legitimación para las Fuerzas Armadas, para lo que se varió el orden de valores que habían inspirado a las mismas: los Ejércitos dejan de ser guerreros para convertirse en instrumentos de la paz. Al respecto, por todos, cabe remitir al estudio de KRIEGER, Heike, "Germany" en NOITE, Georg, *European Military Law Systems*, también, entre otros, GARCÍA BALIESTER, Pascual, "Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado", *Revista Española de Derecho Militar* n°37, (1979), págs. 93-177, en concreto págs. 115 y ss.; y FICKENSTEIN, Bernard, "Alemania Federal", en AA. W. *Lo militar: ¿más que una profesión?*, cit. págs. 232-253. La ley Fundamental de Bonn de 1949 contempla el tema militar en muchos preceptos de su articulado: art. 4 (libertad de conciencia. Objeción al servicio militar); art. 12 A (Prestaciones personales obligatorias); art. 17a (limitaciones de los Derechos Fundamentales de quienes cumplen el servicio militar o la prestación civil sustitutoria); art. 24 (Sistemas colectivos de seguridad, atribución de competencias Federación-Länder); art. 26 (Prohibición de la guerra de agresión); art. 35 (Auxilio jurídico e interorgánico en materia de seguridad y situaciones extraordinarias); art. 36 (tenencia en cuenta de los Länder en materia de legislación militar); art. 45b (Comisionado de la Dieta Federal para las Fuerzas Armadas); art. 60 (Nombramiento de los funcionarios civiles y militares); art. 65a (Poder de mando sobre las Fuerzas Armadas); art. 74 (Materias objeto de legislación concurrente -secuelas de la guerra-); art. 87a (Fuerzas Armadas defensivas y limitación de su empleo); art. 87b (Administración militar federal); art. 96 (Tribunales federales facultativos relativos a las Fuerzas Armadas); art. 115 b (Poder de mando del Canciller sobre las Fuerzas Armadas en caso de guerra); art. 115 I (Derogación de las medidas extraordinarias. Fin del caso de defensa, conclusión de la paz); art. 120 (Gastos de ocupación y cargas de la guerra); art. 137 (limitación de la elegibilidad de funcionarios, soldados y jueces); art. 139 (Preceptos sobre la Liberación del Pueblo alemán del Nacionalsocialismo y Militarismo); art. 141 (servicios religiosos en el Ejército). La Constitución de Austria, inicialmente promulgada en 1920 ha sido objeto de numerosas reformas. Resulta una Constitución singular en el ámbito de lo militar y la defensa donde son, también, numerosos los preceptos en el texto: art 7 (reconocimiento íntegro de los derechos políticos a los militares), art. 9 A (determinación de la defensa nacional y neutralidad y servicio militar obligatorio); art. 10 (competencia federal sobre cuestiones militares); art. 15 (competencia en materia de edificaciones militares); art. 20 (exigencia de secreto en materia de defensa); art. 38 (reunión conjunta de las cámaras para declaración de guerra); art. 40 (publicación acuerdos de declaración de guerra); art. 51 B (gastos de defensa); art. 52 A (Comisiones del Consejo Nacional relativas a la defensa nacional); art. 81 (cuerpos de vigilancia de estructura militar); Título IV del Ejército federal: art. 79 (atribución de la defensa militar al Ejército federal, misiones y marco de actuación); art. 80 (atribución del mando del Ejército al Presidente federal y al Ministro federal); art. 81 (competencias de los Länder en materia militar); art. 84 (limitación de la jurisdicción militar a tiempos de guerra). Art. 102 (atribuciones federales en materia militar); art. 146 (ejecución resoluciones del Tribunal Constitucional por las Fuerzas Armadas).

¹¹⁵ COTINO HUESO, Lorenzo. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, págs. 51 y 52.

no dar pie a que a éstas se arroguen otras funciones que no sean la genuina y específica defensa armada de las instituciones del estado.

c) Un sistema mixto, que utilice ambas técnicas sugeridas.

Desde luego reiteramos que la adopción de cualquiera de los sistemas de regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, sólo es válida en aquellos contextos en los que ha existido una negativa trayectoria político-militar. En los países donde no se ha presentado esta circunstancia, no ha surgido la necesidad de regular ampliamente al sector militar, toda vez que no se requiere expresar las limitaciones a la fuerza militar para que se mantenga en una constante tradición democrática constitucional.

Para establecer los modelos de configuración constitucional de las Fuerzas Armadas, se deben considerar las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el ámbito propio en la constitucionalización de lo militar? ¿Cuáles son los aspectos básicos que debe recoger una constitución, a efecto de lograr un efectivo control de las Fuerzas Armadas, dado su especial carácter de factor real de poder? Trataremos de responder en este apartado, a los cuestionamientos apuntados.

En opinión de Lorenzo Cotino Hueso, “el estado democrático ha pretendido racionalizar la ubicación de las Fuerzas Armadas en su seno; dicho interés se instrumentó por medio de la Constitución. Así, se pretendía alcanzar tres finalidades mutuamente coherentes:

1. Introducir en el seno del Estado a la organización militar.
2. Reducir al mínimo los niveles de autonomía funcional de la organización militar, trasladando a órganos políticos del Estado facultades tradicionalmente en manos de la cúpula del mando castrense, y
3. Rearticular el equilibrio estructural entre esos órganos políticos, reconociendo facultades de dirección al Gobierno, que directa o indirectamente emana de la soberanía popular, al tratarse de un Gobierno democrático.”¹¹⁶

Diversos autores señalan que “lo propio del constitucionalismo es conducir lógicamente a la sujeción de las Fuerzas Armadas, a los órganos supremos de dirección política del Estado, lo que exige la integración del poder de alto comando en el esquema orgánico de los poderes del Estado. Así

¹¹⁶ COTINO HUESO, Lorenzo, *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*. Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, pág. 54.

como, a garantizar la neutralidad y la incapacidad de cualquier actuación autónoma.”¹¹⁷

Hermann Oehung, destaca la dificultad de controlar mediante la Constitución a las Fuerzas Armadas. La actividad política que al margen de cualquier derecho positivo realiza el sector militar, se resume en la siguiente frase:

“las constituciones niegan en lo normativo y en lo escrito lo que a cada instante ofrece la realidad [...] y por ello excluyen a las Fuerzas Armadas de la actividad política que tan resueltamente ejercen en la realidad.”¹¹⁸

En la doctrina española, se encuentran referencias al contenido usual de las constituciones respecto de lo militar. Así para Aguiar de Luque y Blanco Canales¹¹⁹, en su comentario al artículo 8 de la Constitución Española¹²⁰ señalan que:

“lo que resulta usual en una Constitución es la referencia a la existencia de las Fuerzas Armadas; la forma de fijar y seleccionar los efectivos de defensa, y -por último, destacar el sometimiento de los Ejércitos al poder civil.” Por otra parte, Casado Burbano¹²¹ afirma que “es frecuente encontrar en las Constituciones preceptos referentes a la defensa armada específica, a las competencias de los distintos órganos políticos en materia militar y a las limitaciones que los ciudadanos, militares o no, pueden sufrir en el ejercicio de sus derechos y libertades

¹¹⁷ Estas notas se toman de COTINO HUESO, Lorenzo, op. cit. pág. 54., donde cita a BLANCO VALDÉS, ROBERTO, La ordenación constitucional; así como a PORRAS NADALES, ANTONIO, Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España; revista de estudios Políticos 35, sep.-oct. 1983.

¹¹⁸ OEHUNG, Hermann, La función política del Ejército, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. XVI del prólogo.

¹¹⁹ AGUIAR DE LUQUE, Luis y BLANCO CANALES, Ricardo, Constitución Española 1978-1988, Comentario Sistemático, Madrid, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Tomo 1, comentario al artículo ocho de la Constitución Española de 1878.

¹²⁰ Constitución Española (1978) Artículo 8: 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.

¹²¹ CASADO BURBANO, Pablo, Iniciación al Derecho Constitucional Militar, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 13.

fundamentales por razón de esa misma defensa armada.” Cabe señalar, en opinión de Blanco Canales¹²², lo positivo que resulta el mero hecho de la constitucionalización de las Fuerzas Armadas, toda vez que el Estado toma el poder de fijar el presupuesto de las Fuerzas Armadas, de establecer su organización general y las convierte en organismos administrativos propios.

El maestro Arteaga, establece un criterio para agrupar los aspectos básicos de constitucionalización de las Fuerzas Armadas. Al respecto indica que, *“de las leyes, fundamentales y ordinarias, se desprende que este tipo de control y por lo que hace a las disposiciones más notables, podrían comprenderse bajo los siguientes rubros generales:*

a) Normas que pretenden ubicar en el ejecutivo el control directo e indirecto de las fuerzas armadas, como son las que lo facultan para disponer del ejército, marina de guerra y fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior; la que lo faculta, para los mismos fines, a usar de la inexistente guardia nacional; la que concede la facultad de declarar la guerra previa ley del congreso; la que le da el control sobre lo relativo a los ascensos en las fuerzas armadas; la que ve a la libre designación y remoción de los secretarios de defensa y marina.

b) Por otra parte, existen normas que tienden a excluir a las fuerzas armadas, como tales, de la vida política del país. Así se dispone que para poder aspirar a algún puesto de elección popular los militares no deberán de estar en servicio activo, a menos que se separen con tres o seis meses de anticipación al día de la elección, si se tratare de legisladores y de presidente de la república respectivamente; que una reunión armada no tiene el derecho de deliberar; la que prescribe que en tiempos de paz ninguna autoridad militar puede ejercer más que las funciones que tengan exacta conexión con la disciplina militar; que los cuarteles deben estar fuera de las poblaciones; la que pone bajo la jurisdicción de los presidentes de cada una de las cámaras del congreso todo contingente armado que penetre en sus recintos.

c) Y normas que tienden a garantizar a los individuos su integridad frente al ejército, como son las que disponen que la persecución de los delitos será de la exclusiva incumbencia del Ministerio Público y policía judicial, más no del ejército; la que prevé que lo relativo a reclutamiento de tropas, si bien es facultad del Congreso, la iniciativa deberá presentarse originalmente en la cámara de diputados; la que dispone que en tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular, ni imponer prestación

¹²² COTINO HUESO, op. cit. p.57.

alguna contra la voluntad del dueño; la que establece que un civil no puede ser juzgado por un tribunal militar”.¹²³

Desde un punto de vista estrictamente positivo, los textos constitucionales consultados, me permitieron elaborar una lista de los controles legales sobre las Fuerzas Armadas. Con ello podremos establecer un parámetro para medir el grado de incorporación de la función militar en diferentes sistemas constitucionales y fijar categorías y modelos, que permitan un ejercicio de comparación. Los rubros que por su importancia he incorporado a esta relación son los siguientes:

1. Ubicación de las Fuerzas Armadas en el sistema de poderes y determinación del mando supremo de las Fuerzas Armadas.
2. Sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil.
3. Determinación y en su caso limitación de las atribuciones de las Fuerzas Armadas.
4. Misiones que competen a la fuerza militar.
5. Determinación del estatuto jurídico del militar.
6. Modelo de Fuerzas Armadas, en relación con su permanencia, el servicio militar o la profesionalidad de sus miembros.
7. Participación de las Fuerzas Armadas en acciones para el mantenimiento de la paz y solución de conflictos internacionales.
8. Negación del servicio en las Fuerzas Armadas a los extranjeros.
9. Derecho de resistencia.
10. Determinación de los derechos fundamentales de los militares, su tutela y protección, así como su atemperación o limitación.
11. Reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia.
12. Limitación de asociaciones de tipo militar.
13. Sistema de nombramiento de altos mandos militares.
14. Estado de sitio y derecho de excepción o suspensión de garantías de los derechos fundamentales y determinación de un sistema de reparto de facultades entre el jefe de estado o de gobierno y los órganos legislativos, para dicha situación de emergencia.
15. Reparto de poderes en declaración de guerra y restablecimiento de la paz
16. Reserva de ley absoluta sobre defensa, bases de la organización militar y derechos del militar.
17. Objetivos de la defensa nacional.
18. Establecimiento de garantías de los civiles frente al estamento militar.

¹²³ ARTEAGA NAVA, Elisur, Las Conjuraciones, Op. Cit. pág. 171-172.

19. Reconocimiento de la jurisdicción militar como fuero especial y determinación de sus ámbitos objetivo y subjetivo.

Estos aspectos aparecen recogidos con mayor o menor definición en la mayoría de las constituciones consultadas para la elaboración de este trabajo. Se trata de marcar los contenidos mínimos de la legislación referente a las Fuerzas Armadas, necesariamente vinculados por el mandato constitucional.

La manera en que los textos constitucionales regulan a las Fuerzas Armadas, es un indicador de su importancia como agente político. En efecto, la mayor o menor extensión de dicha regulación, el lenguaje empleado en su texto, la ambigüedad o claridad de su contenido, reflejan las experiencias que se han tenido con el sector militar.

En sistemas políticos con una negativa experiencia militar, la lógica apuntaría a dos diferentes sistemas, con un mismo propósito, alejar a los miembros de las Fuerzas Armadas del activismo político. Los sistemas podrían ser:

- a) Que los preceptos constitucionales procuren precaver el desborde institucional a que son proclives los ejércitos políticamente, mediante una regulación pormenorizada y restrictiva, a efecto, de negar en lo normativo y en lo escrito lo que a cada instante se percibe en la realidad y por ello excluyen a las Fuerzas Armadas de la actividad política que tan resueltamente ejercen.
- b) Otro modelo consistiría en que el texto constitucional no sea muy expresivo en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, precisamente para no dar pie a que a éstas se arroguen otras funciones que no sean la genuina y específica defensa armada de las instituciones del estado.
- c) Un sistema mixto, que utilice ambas técnicas sugeridas.

Desde luego reiteramos que la adopción de cualquiera de estos sistemas de regulación constitucional de las fuerzas armadas, sólo es válida en aquellos contextos en los que ha existido una negativa trayectoria político-militar. En los países donde no se ha presentado esta circunstancia, no se ha dado la necesidad de regular ampliamente al sector militar, por no resultar necesario expresar las limitaciones a la fuerza militar que ya se hallan en una constante tradición democrática constitucional.

Las Fuerzas Armadas comienzan, desde principios de la década de los 90, a asumir tareas de seguridad pública; se instalan puntos de revisión en carreteras y estaciones de transportes; la lucha contra el narcotráfico es emprendida coordinadamente por las autoridades civiles y las militares, lo que supone la asunción de tareas de seguridad pública por parte de personal

militar. El involucramiento de las Fuerzas Armadas en las tareas de persecución y lucha contra el narcotráfico ha tenido influencias muy negativas, pues las ha sometido al riesgo nada teórico de la corrupción.¹²⁴

Las notas definitorias de las Fuerzas Armadas a principios del siglo XXI son las siguientes:

- a) La sociedad civil percibe una subordinación clara del poder militar al poder civil;
- b) se ha producido un aumento importante del gasto militar en comparación con el de décadas anteriores;
- c) las Fuerzas Armadas han asumido tareas de seguridad pública y procuración de justicia;
- d) se aprecia a las Fuerzas Armadas como el último reducto de legalidad y estabilidad nacionales.
- e) las tendencias indican que las fuerzas militares sean enteramente profesionales, lo cual, aunado al cambio tecnológico, produce una disminución notoria en la diferencia de clases entre oficiales y tropa.

Una adecuada configuración constitucional deberá considerar los puntos mencionados a efecto de poder legitimar la actuación de las fuerzas militares y dotarlas de un marco jurídico adecuado.

Enseguida esbozaremos los diversos modelos de configuración constitucional del instituto armado.

3. Modelo Divergente o Institucional

La doctrina Institucionalista, también conocida como la concepción tradicional, sostiene que las Fuerzas Armadas son una institución del Estado, tanto en sentido jurídico como en sentido sociológico, con una vinculación directa entre ellas y el pueblo que ha sustituido a la relación con el rey en el Estado moderno y con un ordenamiento propio que justifica todas las especialidades de régimen jurídico, tanto organizativas como en relación con el personal sometido a disciplina militar.¹²⁵ Quienes siguen esta tendencia, sostienen que las Fuerzas Armadas son una institución de relevancia constitucional, que está protegida mediante la garantía institucional y que

¹²⁴ Sobre este tema, se recomienda SIGRID, Arzt, La Militarización de la Procuraduría General de la República: Riesgos para la Democracia Mexicana. Centro para estudios México E.U. <http://www.usmex.ucsd.edu/justice>.

¹²⁵ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María. Presupuestos Constitucionales de la Función Militar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000. pág. 51.

están subordinadas al poder civil, conforme al ordenamiento constitucional. Las misiones atribuidas al instituto armado deben ejercerse por medio de unas Fuerzas Armadas organizadas con arreglo a los valores superiores del ordenamiento, tales como la defensa de la soberanía y la preservación del orden institucional en lo interno y dentro del marco del estado de derecho que la Constitución define (ya sea democrático, social etc....). En este sentido se debe considerar a las Fuerzas Armadas como una institución social porque se identifican con el pueblo, al que deben servir y proteger. Esto hace que no sólo sean administración, sino también algo más, por lo que se debe distinguir entre administración militar y fuerzas armadas, toda vez que la defensa nacional no debe ser considerada como un servicio público de carácter administrativo, fundamentalmente en el sentido de que la noción de servicio público debe ser entendida como la actividad de prestación singularizada a los ciudadanos, sino como un fin supremo del estado que garantiza su existencia y viabilidad.

Los rasgos distintivos que el modelo “Institucional” advierte en la organización y estructura de las Fuerzas Armadas son los siguientes:

- a) Las Fuerzas Armadas se mantienen distanciadas de la sociedad y del sistema político civil, por esta característica se le conoce como divergente a este modelo. Se busca crear un mundo aparte para los militares. Se fomenta una concepción severa de los valores militares y paralelamente un reconocimiento mínimo de los derechos y libertades del militar. Se entiende que con tal alejamiento de la sociedad, se faculta el mejor cumplimiento de las funciones militares, entre las que se encuentra la guarda y custodia de las esencias patrias, incluso al margen de la voluntad democrática.
- b) En la educación y formación del militar, se sigue un criterio conservador y tradicionalista, exaltando los históricos valores militares, como la lealtad, sacrificio, eficacia, entrega, compromiso y sobre todo la disciplina, pero no demasiado vinculada a la sumisión al poder político democrático.
- c) La exaltación del nacionalismo y de los valores patrios, como notas características de este modelo, desmotivan la incorporación de extranjeros a las Fuerzas Armadas.
- d) Se parte de un supuesto nexo e identificación del ejército con la población, para lo cual el servicio militar obligatorio es un instrumento necesario;
- e) Se favorece por diversos métodos la divergencia de la población militar respecto de la civil. Entre estos medios divergentes, destaca el sistema retributivo establecido en el modelo institucional, basado en una remuneración por debajo de los precios de mercado, si bien compensada por unas retribuciones en especie que vienen a suponer unos privilegios. A los militares se les cubren de manera especial y

con base a méritos las necesidades básicas, tales como: vivienda, alimentación, educación, servicios médicos, ocio, créditos al consumo y demás similares. El militar vive, compra o se divierte con militares. De este modo, pese a la relativa austeridad de sus salarios, los militares encuentran reconocimiento por su entrega a la patria y lo que es más importante, se fortalece el corporativismo.

- f) Pese a cierta autonomía política de la institución así considerada, al militar individual se le somete a una muy estricta disciplina y a un régimen de derechos y libertades más que reducido. Además, en este modelo institucional, el militar lo es las veinticuatro horas del día, independientemente de que este o no de servicio.

Juan Rial considera a las corporaciones militares reguladas bajo este modelo como instituciones totales o cerradas. Son aquellas que se conformaban en un

“lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”.¹²⁶

Las normas de derecho militar se aplican a una institución que se ha percibido y, especialmente, se ha autopercebido como separada del resto de la sociedad.

Rial señala que la característica particular de una institución cerrada consiste en que “todas los aspectos de la vida de sus miembros se desarrolla bajo una única autoridad, en lugares específicamente designados para realizarlas. Todas las etapas de la actividad cotidiana de cada miembro de la institución total se llevan a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros miembros, a los que se da el mismo trato, y de los que se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Todas las actividades cotidianas están estrictamente programadas, de modo que a una acción que se realiza en un momento determinado le sucede la siguiente, y toda la secuencia de eventos se impone jerárquicamente, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo administrativo. Las diversas actividades obligatorias se integran en

¹²⁶ RIAL, Juan. Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total. En La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 11.

un único plan racional, deliberadamente creado para lograr objetivos propios de la institución.”¹²⁷

En una organización militar el esquema de autoridad es rígido, vertical, basado en la superioridad del grado y el puesto que se desempeña. Al ser organizaciones numerosas, que sin embargo, deben acometer tareas prácticas diferentes, se busca crear una identidad común y en esto finalmente, la existencia de un fuero jurídico *ad hoc* incide notoriamente. Los ámbitos de acción (cuarteles, bases, buques) facilitan un marco territorial de acción separado del existente en el resto de la sociedad. La rutina de los cuarteles, de las bases o buques, pautada por los “toques de clarín” y por una parafernalia de actividades formales, también acentúa esa separación, que se complementa por los usos de uniformes, de formalidades de presentación entre sus miembros, y de conducción de la vida y del trabajo, así como rituales específicos.

Se trata también de una institución (o serie de instituciones si se tiene en cuenta que existen diversas fuerzas más o menos autónomas) que a lo largo del tiempo ha reivindicado especificidad y separación respecto de la sociedad. Se ha justificado tradicionalmente al estatus especial de los militares por ser la razón última a la que recurren los Estados, en términos *weberianos*, por tener el monopolio de la fuerza física legítima.¹²⁸ Son asimismo las fundadoras del derecho, dado que respaldan un régimen que luego desarrolla un orden jurídico, o son las que lo conservan. Esta separación es visible por el estatus profesional y organizacional, por el perfil cultural que asumen y por la autoimagen que se imponen.

En todo ambiente institucional cerrado se manifiestan debilidades y se producen excesos. Por eso, administrativamente, se regulan marcos disciplinarios para tratar de encauzar y manejar los problemas que puedan surgir. Pero se trata de instituciones jerarquizadas, donde quienes están en los escalones superiores de mando, interpretan las normas y las imponen con bastante margen discrecional, y donde se manifiesta también la personalidad autoritaria propia de instituciones totales.¹²⁹

Derivado de este esquema se ha desarrollado la teoría del ordenamiento interno. Esta teoría, de origen italiano, postula que el ordenamiento militar

¹²⁷ Ibid, Rial, Juan, pág.12

¹²⁸ WEBER, Max, La política como vocación., Madrid: Alianza Editorial, 1984.

¹²⁹ Cfr. Rial, pág- 14

está separado del orden general de la sociedad civil y posee principios propios y especiales de los del resto de la sociedad civil y aunque las fuerzas armadas sean un sector más de la administración pública requieren un tratamiento excepcional.

Por lo que respecta a la jurisdicción militar, este modelo marca una tendencia hacia una organización tradicional de la misma. La justicia de mando, tiene más afinidad con este modelo de organización militar, sin dejar de considerar que pueden surgir variaciones sobre el esquema de la jurisdicción especial, ya sea asimilada al Poder Ejecutivo o al Judicial, según sea el modelo adoptado. En este modelo la existencia de un fuero militar especializado es indispensable. En efecto, una jurisdicción militar en su doble vertiente, disciplinaria y penal, se convierte en un elemento de cohesión y salvaguarda de los valores militares y de su espíritu de cuerpo.

4. Modelo Convergente o Administrativo

La doctrina administrativista, concibe a las Fuerzas Armadas simplemente como parte de la Administración Pública ordinaria, con el fin de evitar que el militar forme parte de un mundo separado, dominado por sus propias reglas, lo cual en el plano jurídico puede producir que esas reglas se superpongan a la propia Constitución. En efecto, tanto en aspectos organizacionales como en lo referente a los derechos de los militares y específicamente, a sus derechos fundamentales, se les equipara al resto de los servidores públicos, cuidando que no se afecten la obediencia a los órganos que constitucionalmente tienen atribuido el mando de las Fuerzas Armadas y la dirección de la administración militar. Las Fuerzas Armadas no deben ser algo extraño al derecho, ni a la organización del estado y se insertan plenamente en el poder ejecutivo del mismo.¹³⁰ Bajo esta concepción doctrinal, las Fuerzas Armadas deben estar sometidas al derecho. Si los mandos militares tienen mayores y más amplias potestades que otras autoridades administrativas en sus ámbitos de actuación, no es debido a ningún precepto exterior al ordenamiento jurídico del Estado, sino porque éste así lo dispone expresamente.

En opinión de Cotino Hueso¹³¹, en este modelo “destaca básicamente su dinamismo y adaptabilidad a los cambios registrados por la sociedad y la técnica militar. Sin ignorar la necesidad de la disciplina en el ejército, para su verdadera efectividad se pretende su actualización en relación con las

¹³⁰ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, Ibid. Pág.54.

¹³¹ COTINO HUESO, Lorenzo, op. cit. págs. 69 y 70.

modernas exigencias, para lo cual se requiere de una flexibilización de la misma. Así, se dota al soldado de una misma esfera decisoria, que al final revierte positivamente en su actividad. Al mismo tiempo, se aboga por la adopción de los adelantos organizativos civiles para muchos ámbitos de la actuación militar, que en virtud de la técnica se aproxima paulatinamente a la civil.” Finaliza el citado autor señalando que, para llevar a cabo la función militar ya no resulta imprescindible una acendrada vocación o un alto honor o espíritu; al menos no tanto como lo exigido para prestar cualquier otro servicio a la administración pública.

Los rasgos distintivos que este modelo advierte en la organización y estructura de las Fuerzas Armadas son los siguientes:

- a) En este modelo no resulta necesaria la separación de las Fuerzas Armadas del resto de la sociedad, con la que convergen en muchos aspectos. La inserción del militar en la sociedad es una garantía objetiva para evitar que el monopolio de los medios coactivos de la fuerza, puedan emplearse autónomamente en contra de la voluntad de la población. En razón de esta convergencia con la esfera civil, la neutralidad militar se exige de la institución, no de sus miembros individualmente considerados, a los que se les reconoce la mayoría de sus derechos políticos e incluso laborales. Estas características son el motivo por el que a este modelo se le denomina “Convergente”, toda vez que para realizar mejor las funciones que se les asigna a las Fuerzas Armadas en los estados democráticos, es recomendable asociarlas y vincularlas con la sociedad civil.
- b) En este modelo, el militar es un funcionario público que presta un importante servicio al Estado y a la comunidad, pero para prestarlo basta con que se le considere militar solamente durante las horas de ejercicio de su función. A la administración pública, no le importa su vida fuera del servicio más allá de lo que pueda afectar directamente al mismo. Esta característica es la que le da la denominación de modelo “Administrativista”, toda vez que el personal militar es asimilado al resto de los servidores públicos civiles, todos ellos integrantes de la administración pública del Estado.
- c) La retribución se establece con base a los criterios del mercado laboral o al menos, se remunera al personal militar, homogéneamente con relación al resto de los servidores públicos civiles. En consecuencia, desaparecen antiguos privilegios en

- especie¹³² que, como se ha mencionado, refuerzan un excesivo corporativismo, que en este esquema resulta innecesario.
- d) En este modelo ocupacional, la restricción de los derechos y libertades del militar debe ser acorde a una funcionalidad real de la administración militar, obviándose anacronismos históricos y sociales propios del modelo institucional que en nada coadyuvan a la verdadera eficacia de la organización.
 - e) El servicio militar obligatorio, es considerado disfuncional en este modelo, en virtud de que se privilegia el profesionalismo de los militares y los conscriptos no cuentan con el suficiente nivel de preparación y entrenamiento, por lo genérico de este esquema de reclutamiento. Se privilegia en consecuencia el servicio voluntario de las armas, ofreciendo oportunidades de crecimiento personal, educativo y laboral, con base a las aptitudes, permanencia y formación de los aspirantes. Inclusive se fomenta la incorporación de extranjeros a las Fuerzas Armadas, con el incentivo de adquirir derechos de residencia y hasta la nacionalidad del estado en cuestión.
 - f) Tanto en el modelo institucional como en el ocupacional, predominan la funcionalidad y la eficacia, por lo que el derecho disciplinario adquiere gran relevancia para mantener la unidad y la moral de las Fuerzas Armadas, dentro de un marco de alto nivel de disciplina.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la tecnología bélica cada vez más sofisticada, condujo a un cambio en el perfil de las organizaciones militares. Comenzó a privilegiarse la formación científica de los militares. “Las fuerzas devinieron, sustancialmente en fuerzas de tipo “ocupacional”, perdiendo la profesión militar, buena parte del sentido heroico del pasado, aquél que se refugiaba en cuerpos y fuerzas especiales de élite.”¹³³ El autor citado denomina a este modelo como “Ocupacional”.

La doctrina alemana que elaboró la teoría de la sujeción especial, estrechamente vinculada con el surgimiento de este modelo de configuración constitucional militar. Es el resultado de la Segunda Guerra Mundial y las tensiones geopolíticas de la “Guerra Fría”. Alemania estaba derrotada, devastada, dividida y militarmente ocupada por cuatro potencias extranjeras. En 1949 se otorgó una nueva Constitución de corte antropocéntrico. Impuso

¹³² Las prestaciones en especie más frecuentes son: vivienda, alimentación, educación, servicios médicos, centros vacacionales exclusivos para militares, clubes deportivos, créditos al consumo, tiendas especializadas de descuento y demás similares.

¹³³ RIAL 14

como eje rector la obligación del nuevo Estado en la protección y la defensa de la dignidad humana. En dicha constitución no se contemplaba la existencia de Fuerzas Armadas ni se preveía su creación. Fue modificada posteriormente para permitirlo. La Guerra Fría y la aparición de un nuevo orden mundial, exigió la contribución de Alemania a una política de defensa europea dentro de la Alianza Atlántica.¹³⁴ La creación de Fuerzas Armadas levantaba fuertes controversias en el parlamento (Bundestag) y en la opinión pública alemana. Había temor por los abusos e injusticias de épocas anteriores. Para superarlo debía configurarse una fuerza armada que armonizara con el nuevo sistema de gobierno democrático y la tutela de los Derechos Humanos. No debía ser un cuerpo elitista ni aristocrático al servicio de ideologías o intereses geopolíticos. Debía garantizarse su subordinación y vinculación a la sociedad para evitar el militarismo exacerbado que tanto afectó Alemania. Tampoco se debía descuidar al militar como individuo, cuyos derechos fundamentales también debían ser considerados y tutelados jurídicamente. En el proceso de reflexión y debate en torno al restablecimiento de las Fuerzas Armadas en Alemania, surgió el concepto de la “Innere Führung”, que se traduce como “Liderazgo Interno”. La idea central consiste en ubicar al ser humano en la base fundamental para reconstituir a las Fuerzas Armadas alemanas. De esta forma, los derechos constitucionales de los militares solamente podrían limitarse cuando ello fuera estrictamente necesario para el servicio público cuya prestación corresponde a las Fuerzas Armadas. La imagen del militar debe ser la de un “ciudadano en uniforme”. La “Innere Führung” tiene la misión de aliviar las tensiones y conflictos que pueden surgir entre los Derechos Humanos del ciudadano que libremente adopta la condición militar y sus deberes y obligaciones dentro del servicio. Se ubica al militar como ciudadano y ser humano, en uniforme, en el centro de una compleja concepción de liderazgo y ética. Esta teoría destaca que el ciudadano se relaciona con el gobierno desde una distinta posición. Puede relacionarse como un administrado simple en relaciones de una sujeción general o indiferenciada. Pero cabe también la posibilidad de que se relacionen con una mayor intensidad, la que justificaría un cierto grado de restricción de sus derechos humanos y fundamentales que es lo que sucede con los militares.

Respecto de la jurisdicción militar, la tendencia que señala este modelo, es hacia su desaparición en tiempo de paz, restableciéndose solamente en situaciones de emergencia o guerra. Aclaramos que no desaparecen los delitos militares ni el derecho disciplinario militar. Los primeros se trasladan a la legislación común, pero conservando el ámbito subjetivo de aplicación por los

¹³⁴ La Organización del Tratado del Atlántico Norte es sistema de defensa colectiva frente a los países del bloque soviético del Pacto de Varsovia.

órganos civiles de administración de justicia. La normativa disciplinaria subsiste pero se limita a la jornada laboral ordinaria, sin trascender a otros aspectos de la vida privada del militar.

5. Modelo Segmentado o Plural

Para Charles C. Moskos¹³⁵ existe una tercera formulación de organización militar: el modelo “Segmentado” o “Plural”. Este esquema, integra el conjunto de los indicadores opuestos de los modelos tradicional (institucional) y ocupacional (administrativizado). La organización militar plural es simultáneamente convergente y divergente respecto de la sociedad civil. Recoge tanto tendencias organizativas institucionales como ocupacionales. No obstante, aclara el autor, este modelo no es el resultado de una visión ecléctica de los otros dos, tampoco es, una amalgama de ambas tendencias.¹³⁶

Se parte de la segmentación, de ahí su denominación, de las Fuerzas Armadas en diversos sectores dependiendo de su origen, tradiciones y funciones. Lo fundamental de este esquema, consiste en señalar ya sea, características divergentes (institucionales) o convergentes (administrativistas), para cada uno de los diversos sectores que componen las Fuerzas Armadas.

Así, en los segmentos institucionales se continúan cultivando los ideales del honor militar, la mística de las Fuerzas Armadas y la virilidad. La mujer se ve reducida a una participación simbólica o es totalmente excluida. La socialización militar se ve reforzada por la formación educativa y la divergencia o separación de la sociedad civil se acentúa. Según Cotino Hueso¹³⁷, los grupos especializados de combate y las fuerzas navales, tienden a permanecer, o incluso a volver al modelo institucional. Congruente con este modelo, los sectores tradicionales de las Fuerzas Armadas, conservan las características institucionales e incluso ahondan en ellas, para reforzar su sentido de identidad y pertenencia. En efecto, los cuerpos de élite, tales como

¹³⁵ MOSKOS, Charles; *La Nueva Organización Militar*; págs. 150 y ss

¹³⁶ Cfr. En el mismo sentido Juan Rial, cita en la página 14a Charles Moskos, “From Institution to Occupation: Trends in Military Organization,” *Armed Forces and Society*, 1977, 41-50. Más adelante Moskos incluyó un análisis más complejo arribando a una tesis donde convive tanto el modelo institucional como el ocupacional. Ver también el trabajo publicado como editor junto a Frank R. Wood. Charles Moskos y Frank R. Wood, ed., *The Military - More than Just a Job?*, (Elmsford Park, New York: Pergamon- Brassey’s, 1988).

¹³⁷ COTINO HUESO, Lorenzo, op.cit. pág. 71.

las fuerzas especiales, paracaidistas, infantes de marina y demás cuerpos con requerimientos superiores a los generalmente exigidos al común de los miembros de las Fuerzas Armadas, responden a este esquema de organización.

Por otro lado, existen sectores ocupacionales o convergentes, donde la asimilación con otros sectores de la administración pública es mayor. En ellos, se valora la preparación según las normas del mercado laboral. El uso de tecnología especial o la formación profesional o científica de sus integrantes, genera una tendencia hacia el modelo administrativista. En este tipo de sectores podemos ubicar a los cuerpos de médicos o ingenieros militares, la fuerza aérea, los servicios de alta tecnología en armamentos y logística de cualquiera de las fuerzas de aire, tierra y mar.

6. Modelo Ecléctico

Como en todo posicionamiento doctrinal, se puede construir una doctrina ecléctica, que toma elementos coincidentes de las tesis anteriores, toda vez que ninguna de las dos concepciones anteriores explica por sí sola la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas, que por estar adscritas al poder ejecutivo, se encuentran sometidas al orden constitucional de los demás poderes y han sido incorporadas a la ley suprema, no para realizar una conceptualización de las mismas ni para elevarlas a rango institucional, sino para constitucionalizar la función que tienen asignada, la misión que constitucionalmente les corresponde¹³⁸.

Para los eclécticos¹³⁹, el problema radica en plantear la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas en términos de contraposición esencial entre las categorías de institución y administración, cuando ninguna de las dos concepciones son capaces de abarcar en su conjunto una solución adecuada. La idea de administración no parece explicar plenamente la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas en su consideración constitucional. Por otra parte, la idea de institución tiene dificultades evidentes en su aplicación práctica. En efecto, no es posible relacionar directamente a las Fuerzas Armadas con la sociedad, sino con el estado mismo. Va perdiendo fuerza la idea de autonomía de las Fuerzas Armadas y se produce una progresiva administrativización de éstas.

¹³⁸ PEÑARRUBIA IZA, op. cit. pág. 54.

¹³⁹ Según PEÑARRUBIA IZA, op. cit. pág. 54, quienes sostienen esta posición doctrinal son Miguel Domínguez Berruela de Juan, Marcos Fernando pablo, Dionisio Fernández de Gatta y Pedro T. Nevado Moreno.

Es muy cierto, finalmente, que la existencia de una jurisdicción define y consolida la tesis institucional, sin embargo esta afirmación hay que matizarla en diversos aspectos, toda vez que no implica, sin más, autonomía organizativa y capacidad de decisión. Para establecer el alcance práctico de estas posiciones doctrinales, para quien las Fuerzas Armadas son una institución del Estado, pero no un sujeto de derecho ni un poder del estado, no existe una voluntad distinta de la voluntad del propio Estado como poder político jurídicamente organizado.

Por ello: a) Las normas de las Fuerzas Armadas no son una manifestación de su autonomía, sino partes del ordenamiento jurídico del Estado, subordinadas a los mismos principios constitucionales y emanadas del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo por la vía del reglamento. b) Los órganos políticos, administrativos y técnicos de las Fuerzas Armadas forman parte del poder ejecutivo, subordinados al mismo. c) La Justicia Militar forma parte, como jurisdicción especial, del poder ya sea Ejecutivo o Judicial, según sea el modelo adoptado. Pero este reconocimiento institucional no invalida la caracterización de las Fuerzas Armadas, como parte del Poder Ejecutivo y de la administración pública, ni mucho menos la disponibilidad del gobierno sobre las fuerzas armadas, confirmando la intrínseca subordinación del instituto militar a los órganos supremos del Estado.¹⁴⁰ Es innegable que las Fuerzas Armadas forman parte de la administración pública del Estado, dentro del concepto de “Administraciones especiales de la Administración del Estado”¹⁴¹.

C. EL FUERO MILITAR: JURISDICCIÓN CON CARACTERÍSTICAS PROPIAS.

Al desarrollar esta investigación, pude advertir las dificultades de compatibilizar dos instituciones que tienen objetivos diametralmente diferentes, las Fuerzas Armadas y la función jurisdiccional. Las primeras, son

¹⁴⁰ Ibid. Pág.55. Para ejemplificar la dificultad de adoptar solamente una posición doctrinal para determinar la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas, el autor concluye que si el párrafo primero del artículo 8 de la constitución española integra constitucionalmente a las Fuerzas Armadas por medio de la atribución de misiones, el párrafo segundo las integra en cuanto a organización y estructura, de tal manera que la función constitucional ha de ejercerse por medio de unas Fuerzas Armadas organizadas con arreglo a los valores superiores del ordenamiento y en el marco del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución española define.

¹⁴¹ Esta afirmación del autor, se basa en el Artículo 97 de la constitución española que dispone: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado.” En efecto dos administraciones especializadas y diversificadas, pero dentro de la unidad administrativa del gobierno del estado.

una organización sometida a estándares, muy estrictos, de disciplina y obediencia jerárquica, mientras que la actividad jurisdiccional se caracteriza por la independencia e imparcialidad, al margen de cualquier criterio jerárquico. La unión de ambas, resulta particularmente difícil, si se le quiere sustentar en principios constitucionalmente válidos, ya que los principios que informan la función jurisdiccional, de ningún modo pueden estar ausentes en la jurisdicción militar.

El propósito de este apartado, consiste en establecer un marco de referencia de la jurisdicción militar con base en criterios internacionales. A partir de ello podremos confrontar a cualquier modelo de justicia castrense y diagnosticar sus problemas y necesidades de reforma.

La justicia militar no es un asunto de discusión jurídico-constitucional sino más bien un punto de tensión política que se decide por variables de poder, interés e influencia. La evolución de la jurisdicción militar, se manifiesta en el esfuerzo del legislador constitucional, de impedir que sea un instrumento de la clase gobernante para reprimir al pueblo. En efecto, regímenes autoritarios han utilizado a la justicia castrense, como fuero privilegiado para los militares, a la par de un elemento de represión penal y política frente a la sociedad civil. El ámbito de su aplicación se ha restringido cada vez más, para limitarlo a cuestiones estrictamente vinculadas con la disciplina militar. También se manifiesta en dotarlo de independencia y autonomía respecto del poder ejecutivo. En efecto, al ser el titular de dicho poder quien dispone de las Fuerzas Armadas, incluso es considerado como su comandante supremo, la experiencia ha constatado el ejercicio de una justicia militar de mando, aplicada a los integrantes del instituto armado, con afectación de los Derechos Humanos que les asisten en cuanto a la imparcialidad y objetividad de todo proceso judicial.

La función de los tribunales de decir el derecho y con ello resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, no lo es todo en la jurisdicción militar. En este caso se deben preservar los valores que sostienen la eficiencia y confiabilidad del instituto armado. No se debe soslayar que las corporaciones militares privilegian a la unidad y el trabajo en equipo por encima del individuo, pero sin descuidar los deberes de lealtad para con ellos.

Para justificar la existencia de la jurisdicción militar, Rial apunta que “los militares eventualmente enfrentan la posibilidad de la muerte en medio de una lucha. Ello es lo que obliga a rapidez en las decisiones, y a la consecuente ejecución de órdenes, es decir la obediencia al mando superior sin ninguna excitación. Siendo una organización que puede ser empeñada en combate, se necesita crear una relación de confianza entre los integrantes de la fuerza, y especialmente en el mando de modo que el integrante pueda decir “yo iré al

combate junto a mis camaradas, porque confío en ellos y ellos en mí” y “voy al combate siguiendo a mi comandante, que sé que hará lo mejor por mí y por mis camaradas”. No se trata de un marco burocrático que tiende al ideal de la racionalidad, de la discusión, sino uno de construcción de confianza, donde se seguirán órdenes, aun en casos en que la razón haga dudar.”¹⁴²

La función de los tribunales de decir el derecho y con ello resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, no lo es todo en la jurisdicción militar. En este caso se deben preservar los valores que sostienen la eficiencia y confiabilidad del instituto armado. La jurisdicción militar no se agota en la resolución de los conflictos jurídicos que se le plantean. Debe ser un instrumento para mantener la disciplina, la moral y el espíritu de cuerpo en las Fuerzas Armadas. Ejemplificando este aspecto, supongamos un caso en el que un comandante de una unidad militar se enfrenta a la insubordinación de uno de sus integrantes en una misión donde se encuentra en peligro la vida de civiles y la seguridad e integridad del grupo armado. La disciplina, el entrenamiento y el trabajo en equipo, son las ventajas de las Fuerzas Armadas frente a sus enemigos. Cuando uno de sus miembros se insubordina, pone en riesgo al resto de sus compañeros e incluso compromete el éxito de la misión. El comandante, usa la fuerza de las armas para someter al desobediente, lo lesiona y finalmente lo obliga a cumplir con su deber. Por ello, es sometido a proceso penal ante la jurisdicción militar. Los integrantes del tribunal que lo juzgue, por tener la calidad de militares y conocer las exigencias del servicio de las armas, deberán tomar en consideración estos aspectos, que en la vida civil, difícilmente se presentan. Además de juzgar, deben mantener la moral de la unidad militar a la que pertenezcan quienes se vieron involucrados en los hechos y finalmente con su determinación judicial, deben preservar la disciplina y el honor, como valores militares supremos. Casos similares hacen diferente a la jurisdicción militar.

La justicia militar mezcla conceptos jurídicos con otros de tipo moral. Las normas militares no solamente inciden en la conducta del militar en actos del servicio sino que incide en todos los aspectos de su vida. La honorabilidad del militar es un valor jurídicamente relevante y tutelado por el derecho castrense. Un oficial debe ser además un caballero o bien una dama, dada la presencia cada vez mayor de mujeres en posiciones de mando dentro de las Fuerzas Armadas. Se infunde en los militares, desde su formación como cadetes, el sentido del honor y la lealtad no solamente con sus compañeros sino frente a la sociedad. Asumen una posición de garantes de los más altos

¹⁴² RIAL, Juan. Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total. En *La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia*. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 15-16.

valores de convivencia social y patriotismo. Deben ser ejemplo para el resto de sus connacionales.

Ese sentido de pertenencia y orgullo, Rial lo denomina “espíritu militar” y señala que “esta noción es compleja, y supone que quien sigue esa profesión debe encarnar la eficiencia, la subordinación, la sobriedad, la lealtad y el coraje. No es sólo lo referido a la condición de militar lo que está definido por un instrumento jurídico, sino también una serie de condiciones que se supone deben compartir, en diversa medida, todos los integrantes de una corporación armada.” El referido autor también informa que “en Estados Unidos de América se lo denomina *“military character”*. Finalmente refiere como antecedentes de esta afirmación, que “en 1882, el Duke de Wellington, Marshal Maynard Goom, señalaba que

“el ejército británico es lo que es, porque es comandado por caballeros, hombres que despreciarían realizar cualquier acto deshonorale y que dejan testimonio frente al mundo, de su reputación como parte de su pulcritud militar.”¹⁴³

Por otra parte a la sociedad civil le interesa también que las Fuerzas Armadas cumplan con eficiencia y eficacia las misiones que constitucionalmente le corresponden. Encuadrarlas en un marco jurídico que les permita una adecuada operatividad, dentro de las seguridades para evitar que sean una amenaza o afecten a la sociedad a la que deben servir. La justicia militar debe ser un instrumento para garantizar lo anterior. Además, no debe ser percibida como privilegio o mecanismo de impunidad, por aquélla.

En la actualidad, particularmente en la región latinoamericana, el tema de la justicia militar se encuentra indefectiblemente ligado a la tutela de los derechos humanos. En opinión de Diego García-Sayán, ex Presidente de la Corte Interamericana de derechos Humanos, “el tema de la jurisdicción militar en su relación con los derechos humanos es complejo y ha suscitado toda suerte de prácticas y enfoques en la historia de las repúblicas latinoamericanas. Acaso la complejidad mayor del tema estriba no tanto en la conceptualización jurídica contemporánea sino en algunos componentes que han atravesado la compleja realidad social e institucional de nuestros países a

¹⁴³ RIAL, Juan. Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total. En La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 15. La cita en inglés proviene de Marshal Maynard Goom, “Esprit Militaire,” The New York Times, 1 de enero, 1882: “The British Army it is because it is officered by gentleman; men who would scorn to do a dishonorable thing and who have something more a stake before the world than a reputation for military smartness”

lo largo de nuestra historia. Que periódicamente ha puesto sobre el tapete agendas políticas en las que ocupa -o se espera que ocupe- un espacio relevante la institucionalidad militar. Por cierto que la expresión más visible y cruda han sido los distintos momentos del militarismo, expresado en poder político y control de las instituciones públicas. Sea a través de dictaduras militares duras y puras, hasta formas más veladas de sujeción de la institucionalidad al aparato militar. Esta historia, sin embargo, ha ido quedando gradualmente superada. Esta complejidad, en efecto, se ha ido diluyendo en el plano jurídico a la luz de clarificaciones conceptuales llevadas a cabo en distintos espacios de los países de la región. En efecto, el desarrollo del derecho, en general, y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, ha ido decantando conceptos fundamentales de manera muy clara y consistente. Ello ha permitido que en el espacio jurisdiccional interamericano se hayan ido precisando progresivamente conceptos esenciales en materia de independencia e imparcialidad y del juez competente que establecen relación directa con el tema específico de la jurisdicción militar, esencialmente, en cuanto al procesamiento de militares por dicho espacio jurisdiccional en casos de violaciones a los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, en esa perspectiva, un factor contributivo relevante.”¹⁴⁴

El problema de la unidad jurisdiccional es una cuestión que debe ser cuidadosamente abordada al estudiar la justicia militar. La experiencia peruana referida por Donayre Montesinos, permite observar que “es importante aclarar que hacemos alusión a la materia que nos ocupa, es decir, la justicia militar en estos términos o bien con la denominación de jurisdicción militar. Aun cuando es necesario señalar que, no es posible hablar de una jurisdicción militar sin más, en tanto que ello supondría la existencia de otra jurisdicción además de la ordinaria, la misma que como todos sabemos es una y lo que en realidad vienen a ser los tribunales militares son instancias judiciales creadas a partir de una especialización en razón de la materia.”¹⁴⁵

El valor justicia inspira de por sí el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, aludir a una justicia civil, penal, laboral o militar, por citar algunos

¹⁴⁴ GARCIA-SAYÁN, Diego, Prólogo a Jurisdicción Militar y Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando; editorial Porrúa, México 2011, págs. XIX y XX.

¹⁴⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”. <http://www.derehoycambiosocial.com/revista001/militar.htm>

ejemplos, puede conllevar a la equívoca idea de encontrarnos ante diferentes tipos de justicia en virtud de la materia sobre la que verse un determinado proceso.

La justicia es una, pues constituye un valor absoluto de orden axiológico. Sin embargo, al reflexionar sobre el tema, el orden jurídico militar, ¿realmente aspira a impartir justicia entre los integrantes de las Fuerzas Armadas? O bien, las normas militares favorecen la disciplina, la eficiencia y la eficacia en el cumplimiento de las misiones de las fuerzas militares, con independencia de que se otorgue un tratamiento justo a los individuos comprometidos u obligados al servicio de las armas. El marco normativo castrense debe aplicarse taxativa e imperativamente, toda vez que si la prestación del servicio público de la seguridad nacional no se materializa cabalmente, el Estado se convierte en fallido o bien desaparece. Solamente aspiramos a aplicar el derecho de naturaleza militar. Si con ello hacemos justicia a los militares considerados como individuos será por una feliz coincidencia. La justicia militar se aboca más a los aspectos corporativos del instituto armado, a favorecer el espíritu de cuerpo, a mantener la honorabilidad del estamento militar como colectivo social, a preservar el “espíritu militar” que tradicionalmente es el valor supremo que preserva los valores castrenses que deben ostentar quienes opten por la vida militar. Este camino podría llevarnos a considerar que la justicia militar es injusta para los individuos, pero justa para la unidad militar donde prestan el servicio de las armas. Por ello es equivocado considerar al fuero militar como un privilegio. Por el contrario, impone al individuo un régimen exorbitante y más severo que a los civiles para el cumplimiento de su actividad profesional, que es la prestación del servicio público de la defensa y seguridad nacional.

Considero que la función militar, implica la necesaria eficiencia y efectividad en el cumplimiento de sus misiones constitucionales. Por ello requiere de disciplina y tutela de valores jurídicos particularmente relevantes para el estamento militar, para lo cual se limitan los derechos fundamentales de sus integrantes. La justicia militar se sustenta en algunas antinomias respecto de la justicia ordinaria. Mientras la jurisdicción penal ordinaria tutela la vida de las personas, en la militar no se tutela la vida de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino de la sociedad a la que sirven. En efecto, la principal labor de las Fuerzas Armadas es permitir la subsistencia del Estado mismo; en ello los integrantes de las Fuerzas Armadas, comprometen incluso su vida. Los integrantes de los institutos armados, aceptan voluntariamente someterse a un régimen exorbitante en lo disciplinario y en lo penal, atendiendo a la importancia de la función que desempeñan para el Estado. Por ello la justicia militar se basa en una escala de valores diferente a la de la sociedad civil. Lo que puede resultar justo para los militares, puede no serlo para los civiles y viceversa. Es más, como lo demostraré en este capítulo, el sometimiento a la

jurisdicción militar, deviene en una excepción a sus derechos fundamentales, particularmente el de acceso universal a la justicia. Sostengo, a contrapelo de varios autores entre ellos Donaire Montesinos¹⁴⁶, que sí es adecuado referirnos a una justicia militar con características propias, que merece una configuración constitucional, especial y especializada, con principios propios, que el legislador ordinario debe respetar al expedir las normas reguladoras de la jurisdicción militar, disciplinaria y penal. Asimismo los jueces que la administren, además de las cualidades ordinarias que de suyo los distinguen, deben tener un conocimiento, es más una vivencia clara de lo que significa el medio castrense, particularmente lo referente al mantenimiento de la disciplina, el espíritu de cuerpo, la moral y los valores de sacrificio inherentes a la vida militar.

A pesar de los reparos existentes con la denominación de justicia o jurisdicción militar, se insiste en su empleo, toda vez que se encuentran arraigadas tanto en la doctrina como en la misma legislación y no pretendemos provocar innecesarias confusiones, lo cual no obsta para no perder de vista estas reflexiones.

Ferrajoli señala que “los nuevos tiempos se caracterizan por la expansión de la función jurisdiccional, a la que se le asigna un nuevo papel: la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder. La defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio, propio de un estado de derecho, del sometimiento a la ley de todos los poderes públicos que constituye, a su vez, un presupuesto esencial de la democracia y que equivale también a visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.”¹⁴⁷

En justicia militar, en vez de expansión de la función jurisdiccional, la tendencia es a restringir su contenido, alcance y competencia. En vez de la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder, la justicia militar pretende mantener la eficiencia y eficaz cumplimiento de la función pública militar. Confronta a los militares con la corporación armada en la que están encuadrados. Como servidores públicos, les exige más que a sus homólogos

¹⁴⁶ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”. <http://www.derechocambiosocial.com/revista001/militar.htm>

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, citado por CIENFUEGOS SALGADO, David. La Función Judicial. Editorial Porrúa, México 2008, pág. 11-12.

civiles. Finalmente, en vez de igualdad de todos frente a la ley, la jurisdicción militar impone a las Fuerzas Armadas un régimen exorbitante de excepción que rompe con el garantismo propio de la doctrina de Ferrajoli. Para que subsista un Estado Democrático de Derecho, es indispensable que las Fuerzas Armadas sean leales, obedientes a la autoridad civil, estén sometidas a la ley y no constituyan un factor de poder irruptor de la normalidad institucional. Ello justifica las atemperaciones a los Derechos Humanos de los integrantes de las Fuerzas Armadas, entre éstas el sometimiento a una jurisdicción especial, más restrictiva y severa que la ordinaria.

Un punto de encuentro entre la justicia civil y la militar se refiere a los derechos procesales que les asisten a los justiciables. Cuando un militar se encuentra sometido a proceso, en ese caso se iguala al ciudadano civil. En efecto, los justiciables tanto militares como civiles han de gozar de idénticos derechos y de las mismas prerrogativas para atender a su defensa, y ninguna duda sobre la total imparcialidad del juzgador.

En la actualidad diversas fuentes permiten encontrar información relacionada con la jurisdicción militar. La doctrina, aunque muy escasa en México, es abundante en España, Chile, y Perú. También en Estados Unidos de América y Alemania, localicé información de relevancia.

La jurisprudencia de los tribunales, nacionales e internacionales, también proveen información importante para reflexionar sobre los casos por ellos resueltos y a partir de las sentencias, decantar los principios generales de la jurisdicción militar. Para elaborar este trabajo de tesis, fundamentalmente consulté sentencias y jurisprudencia pronunciadas por la Quinta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de España¹⁴⁸, por el Tribunal Constitucional de España¹⁴⁹, por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Finalmente se complementó esta investigación con entrevistas a altos mandos de las Fuerzas Armadas mexicanas, a quienes cito en los apartados correspondientes.

Richard D. Downie, Director del Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa (CHDS), señaló; “La sociedad civil encarga a los miembros de las fuerzas militares y de seguridad la responsabilidad de mantener la estabilidad

¹⁴⁸ Véase: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

¹⁴⁹ Véase: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/UltimasSentencias.aspx>

y el orden interno –y la justicia-, mientras sirven y defienden a sus comunidades y naciones. A cambio, es apropiado que nosotros desde la sociedad civil aseguremos que los uniformados y aquellos con quienes éstos entran en contacto, reciban una justicia justa e imparcial.”¹⁵⁰

Para desentrañar la esencia de la justicia militar y conocer sus notas distintivas y características, partiremos de la conceptualización de la misma, señalando los elementos que la componen. Señalaremos los estándares que la jurisprudencia y doctrinas nacionales e internacionales han determinado para la justicia militar. Con esas medidas, propondremos los modelos de la justicia militar en el derecho comparado.

1. Concepto de la Función Jurisdiccional y sus Elementos

En este capítulo, pretendo describir las características de la jurisdicción militar, distinguiendo la disciplinaria de la penal. Al destacar sus peculiaridades y notas distintivas, intento construir un marco conceptual de la jurisdicción militar con base en principios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia mexicana y la emitida por tribunales internacionales. El resultado permitirá definir los tópicos para una configuración constitucional de la jurisdicción militar. Asimismo, al compararlo con otros modelos, particularmente con el mexicano, podremos resaltar similitudes y disfuncionalidades de la norma constitucional que reconoce la subsistencia de una justicia castrense distinta de la común.

Para desentrañar la esencia de la justicia militar, partiremos del concepto de jurisdicción, señalando los elementos que lo componen. Posteriormente analizaremos si están presentes en la jurisdicción militar. Señalaremos las notas que distinguen a la jurisdicción militar con base en los cuales, propondremos los tópicos para la configuración constitucional de la justicia militar.

Según el *Diccionario de la Lengua Española*,¹⁵¹ el concepto jurisdicción alude al poder que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio. Acorde con las voces latinas *jus*: derecho, recto y *dicere*: proclamar, declarar, decir; significa proclamar el derecho,

¹⁵⁰ DOWNIE, Richard D. Phd. Prólogo a la obra “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: RESDAL, 2010; pág. 11.

¹⁵¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, p. 901.

refiere el *Diccionario Jurídico Mexicano*.¹⁵² Aunque esta acción no implica la potestad de formar o establecer el derecho, sólo declararlo o aplicarlo a los casos particulares, pues la palabra deriva de la voz latina *jurisdictione*, no de *jurisditio*, se añade en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*.¹⁵³

Joaquín Escriche¹⁵⁴ la considera una potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia: conocer de los asuntos civiles y criminales y decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes. A la jurisdicción va anexo el *imperium*; la facultad de mandar y de usar la coacción y la coerción para concretar lo ordenado. Sin esta facultad no podría ejercerse aquella: *jurisdictio sine modica coercitione nulla est*. Por ello los jueces no sólo tienen el imperio o mando para ejercer la facultad de conocer y decidir los asuntos que se les someten, sino también todo el poder necesario para ejecutar y llevar a cabo sus decisiones en la forma que prescriben las leyes.

Guillermo Cabanellas¹⁵⁵, sostiene que la jurisdicción, genéricamente, es la potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido.

En el lenguaje forense el vocablo tiene diversos significados. El que resulta de interés de los relacionados por Alberto Garrone¹⁵⁶ en el *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, refiere como tal una de las funciones estatales: aquella mediante la cual los órganos judiciales del Estado administran justicia en los casos litigiosos.

En el plano normativo jurídico se traduce como el campo o esfera de acción o de eficacia de los actos de una autoridad o la facultad-deber de un órgano del Estado para administrar justicia.¹⁵⁷ Desde esta perspectiva, si se

¹⁵² Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 1884.

¹⁵³ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo II, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998, p. 1113.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo V, 21ª ed., Buenos Aires, Helista, 1989, p. 48.

¹⁵⁶ GARRONE, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 374

¹⁵⁷ ESCRICHE, op. cit., p. 1143.

observa como un cometido a cargo del ente estatal, nos situamos ya en el ámbito de una función pública: la función jurisdiccional, consistente en proveer justicia a todo gobernado que lo solicite.

Una opinión similar es la de Eduardo Pallares, que considera la jurisdicción como: “El poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos, como las juntas de conciliación y arbitraje, en los asuntos que llegan a su conocimiento”.¹⁵⁸ Empero, el autor no queda satisfecho con tal noción, por lo que expone la dificultad que representa encontrar un concepto que satisfaga a la generalidad. Problema previamente advertido por Ugo Rocco, quien después de analizar y desechar las opiniones predominantes sobre el tema, expuso su criterio: la función jurisdiccional o judicial es la actividad con la cual el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses individuales y colectivos tutelados por el derecho objetivo que han quedado insatisfechos por la falta de la actuación de la norma jurídica que los ampara.¹⁵⁹ Agrega que su elemento sustancial u objeto es la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo cuando por falta o certeza o por inobservancia de las mismas no quedan directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen.¹⁶⁰ Aunque su posición tampoco satisfizo a todos y también resulta cuestionada, debido a que excluye la actividad de la autoridad investigadora de los delitos.¹⁶¹

El teórico italiano atribuye a los órganos jurisdiccionales una serie de facultades o potestades. Dentro de ellas relaciona las dos que estima trascendentes:¹⁶² **Decisión**, potestad en virtud de la cual el juez tiene el poder de conocer, proveer y decidir a fin de declarar cuál es la tutela que el derecho objetivo concede a determinados intereses. **Imperio**, poder en virtud del cual los órganos jurisdiccionales, particularmente en la fase de realización coactiva del derecho (ejecución forzada), tienen posibilidad de coerción: constreñir

¹⁵⁸ PALLARES, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, 25ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 510.

¹⁵⁹ Ibid, pp. 512 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. ROCCO, Ugo, Derecho procesal civil, vol. 1, México, Jurídica Universitaria, 2001, pp. 31 y 32.

¹⁶¹ PALLARES, Eduardo, op. cit., p. 1884. Esta última postura, a su vez, es refutada por Fernando Flores García, quien afirma que debe excluirse la actividad del Ministerio Público de la función jurisdiccional, acorde a lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, porque éste es un órgano administrativo que procesalmente pide justicia y queda sujeto a la autoridad del juzgador; el único que puede administrarla.

¹⁶² Rocco, Ugo, op. cit., pp. 32 y 33.

mediante el uso de la fuerza colectiva del Estado el cumplimiento de aquellos preceptos establecidos en las normas jurídicas.

Dentro de la doctrina mexicana, Rafael de Pina y José Castillo, con ideas afines a las expresadas por Rocco, definen la jurisdicción como: “La actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto”.¹⁶³ La misma tiene tres facultades –aseveran- apoyados en una cita de *Ulpiano*.¹⁶⁴

- *Notio*. Aptitud de conocer el asunto planteado.¹⁶⁵
- *Juditio*. Potestad para emitir un fallo.
- *Imperium*. Poder de ejecutar lo juzgado.¹⁶⁶

A partir de nociones de tratadistas clásicos, Fernando Flores García también concibe la jurisdicción como “una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial”.¹⁶⁷

Cipriano Gómez Lara la delinea como: “La función soberana del Estado realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo”.¹⁶⁸

¹⁶³ PINA, Rafael de y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Instituciones de derecho procesal civil*, 25ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 59 y 60.

¹⁶⁴ *Diccionario jurídico*, op. cit., nota 2, pp. 60 y 61.

¹⁶⁵ Esta facultad A su vez se subdivide en *vocatio*: la potestad de llamar a juicio, de citar a las partes, y *coertio*: el poder juzgar o aplicar el derecho al caso concreto.

¹⁶⁶ Otros autores europeos sostienen que el *imperium*—en sentido amplio, como poder general de mando—, engloba tanto el poder disciplinario o coercitivo, como el *iurisdictio*, decir el derecho, porque ambos son atributos de ése (Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1999, p. 23 e Iglesias, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 16). En la antigua Roma, se equiparaba con el derecho que el pueblo otorgaba a los magistrados superiores para ejercer los supremos poderes judicial, ejecutivo y militar (Palomar de Miguel Juan, *Diccionario para juristas*, tomo I, México, Porrúa, 2000, p. 797).

¹⁶⁷ *Diccionario jurídico*, op. cit., nota 2, p. 1885.

¹⁶⁸ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., México, Harla, 2001, p. 88.

Para Héctor Fix-Zamudio es la función pública que tiene por objeto: “Resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial”.¹⁶⁹ Esta noción observa paralelismos con ideas expresadas profusamente por Rocco¹⁷⁰ en torno al carácter sustitutivo de la actividad estatal cuando se presenta una controversia entre dos pretensiones diversas y contrapuestas, ambas inciertas. Mediante la actividad jurisdiccional -sostiene Fix-, el Estado tiene que sustituirse con objetividad a las dos partes para la declaración de certeza del derecho. Una vez hecho lo anterior, impone la observancia de la conducta que se ha comprobado debe cumplir un sujeto frente a otro cuando se le requiere para ello. Así, el Estado se substituye al derechohabiente en el hecho de exigir al sujeto de la obligación jurídica que ha sido comprobada, la observancia del derecho, si dicha conducta no la observa aquel a quien se dirige la norma jurídica: El Estado pasa por encima de la voluntad del que aparece jurídicamente obligado a hacer o no alguna cosa, sustituyéndose una vez más al derechohabiente y realizando, mediante la aplicación de la fuerza colectiva, los intereses para cuya tutela prescribe la norma aquella conducta al obligado, no observada de manera espontánea por él.¹⁷¹

A partir de las ideas expuestas, pueden establecerse puntos de vista coincidentes en la noción de jurisdicción:

- a) Es una potestad estatal, cuya función consiste en juzgar, aplicando las leyes al caso concreto, con facultad de ejecutar sus resoluciones.
- b) El Estado deposita la atribución en tribunales dotados de independencia y autonomía, cuya actuación se sujeta al atributo de imparcialidad y objetividad.
- c) El órgano interviene a petición de parte. En materia penal por querrela de parte ofendida o bien de oficio a partir de la noticia criminosa.
- d) La intervención tiene como finalidad solucionar controversias o sancionar conductas ilícitas con carácter imperativo.

¹⁶⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor, et al, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1999, p. 30, En el mismo sentido, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales contemporáneos*, México, UNAM-IIIJ, 1977, p. 13.

¹⁷⁰ Cfr. ROCCO, Ugo, op. cit, p. 33.

¹⁷¹ Ibid, pp. 33 y 34.

Todos los atributos de la jurisdicción, deben estar presentes en la jurisdicción militar, tanto disciplinaria como penal, para poder conceptuarla como tal. Ahora bien, para establecer la sustentabilidad de una jurisdicción militar separada de la ordinaria civil, debemos precisar las notas que las diferencian, lo que haremos en el siguiente apartado.

2. Etos Militar: Disciplina, Espíritu de Cuerpo, Eficacia en el Cumplimiento de sus Misiones y Autonomía Operativa bajo Control Civil, Principios Rectores de la Justicia Castrense

Sin duda, la jurisdicción militar debe reunir todas las características de la jurisdicción, para conceptuarla como tal y cumplir con su cometido de forma legítima. Pero adicionalmente en materia militar, se debe considerar un elemento adicional que ya he mencionado en al principio de este capítulo y se refiere a la finalidad que justifica la existencia de una jurisdicción militar: Se deben preservar los valores que sostienen la eficiencia y confiabilidad de la corporación armada. La jurisdicción militar no se agota en la resolución de los conflictos jurídicos que se le plantean. Debe ser un instrumento para mantener la disciplina, la moral y el espíritu de cuerpo en las Fuerzas Armadas.

Una aproximación conceptual adecuada de la jurisdicción militar debe sustentarse en los principios, especiales y exclusivos, que la orientan. Su configuración, se explica en razón de contextos históricos y políticos particulares que permitieron a la institución castrense crear y mantener un espacio jurisdiccional propio. La justicia militar, se ha desarrollado a partir del conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter o la identidad de comunidad militar. Los aspectos técnico jurídicos han tenido que adaptarse a esa realidad y no a la inversa como sería lógicamente lo indicado.

¿Cuál es ese “etos militar”¹⁷² que resulta clave para entender la creación de normas y fueros especiales en las instituciones castrenses? La respuesta que se propone en este trabajo de investigación, sustenta el etos castrense en cuatro aspectos fundamentales para toda institución armada: **disciplina, espíritu de cuerpo, eficacia en el cumplimiento de sus misiones y autonomía operativa bajo control civil**. En torno a estos ejes se pergeñan las normas especializadas de justicia militar y se construye la estructura orgánica jurisdiccional militar. En otras palabras, el derecho se ha tenido que adaptar a

¹⁷² Cfr. <http://lema.rae.es/drae/> Como avance de la vigésima tercera edición del Diccionario de la lengua española, se registra la palabra “etos” y no “ethos”, para significar: “Conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter o la identidad de una persona o una comunidad”.

la realidad militar y no a la inversa. Es por ello que los teoremas y postulados jurídicos tradicionales y aceptados para el mundo civil, se confrontan con la realidad militar. Ello hace necesario establecer principios propios y especiales para la jurisdicción militar, como realidad jurídica diversa a la civil.

La **disciplina** es el fundamento de toda organización militar. Esta idea es la primera que surge cuando el investigador civil, se aproxima a la realidad militar. El diccionario de la lengua española registra como significado de disciplina el siguiente: “*especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto*”¹⁷³

En lo militar, es definida como “la coacción permanente sobre las actitudes, las acciones y los tiempos de los individuos. Se trata de un valor institucional que es fuertemente inculcado desde los primeros años de formación, a través de métodos de intensa resocialización que buscan diferenciar un comportamiento militar: obediente, ordenado y con objetivos claros, frente a un comportamiento civil: desorganizado y con escasos parámetros.”¹⁷⁴

Para Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, “la existencia de la jurisdicción castrense se justifica en razones de mayor eficacia o de mantenimiento de la disciplina, jerarquía y correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas.”¹⁷⁵ Sostiene este autor que

“la organización militar, se sustenta en la unidad y disciplina necesarias para que pueda desarrollar con efectividad sus fines y principalmente la defensa nacional.”¹⁷⁶

Para el Magistrado de la Quinta Sala del Tribunal Supremo Español, Agustín Corrales Elizondo, las Fuerzas Armadas “se configuraban como

¹⁷³ Cfr. <http://lema.rae.es/drae/>

¹⁷⁴ BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 31.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, La Jurisdicción Militar en el artículo 117.5 de la Constitución, en Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios. Colección Estudios de Derecho Judicial 112, ediciones do Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág.28.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 32.

permanentes y estatales, subordinadas a la autoridad civil y dependientes del Poder Ejecutivo, su función se basaba en el principio defensivo, apartándolas de las misiones de mantenimiento del orden público, se las exigía neutralidad política y se organizaban en torno a las obligaciones básicas de disciplina.”¹⁷⁷ Mencionado el citado, que los parámetros que enmarcan la disciplina, se encuentran en “reglas esenciales de comportamiento de los militares”, que establecen los límites de la obediencia y el ejercicio del mando militar.¹⁷⁸ También menciona que el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene un doble objetivo:

“por un lado, la tutela de la observancia de las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares y, por otro, el cumplimiento del ordenamiento legal de la función militar. La integración de los tipos disciplinarios que surjan de la tutela de estos dos conjuntos de reglas y normas se producirá, por consiguiente, además de por preceptos legales o sus normas de desarrollo reglamentario, por normas de comportamiento, es decir, por principios éticos, morales y profesionales, que se encontrarán en la normativa” militar.”¹⁷⁹

El funcionamiento de un ejército es difícilmente imaginable sin normas legales que tengan como fin evitar que sus miembros minen la disciplina militar, necesaria para que pueda desarrollar con efectividad sus fines y principalmente la defensa y seguridad nacional. En efecto, la disciplina permite un alto grado de certeza en el cumplimiento de las órdenes militares, permitiendo actuar rápida y uniformemente en el cumplimiento de las misiones encomendadas. “A través de la disciplina se busca el control minucioso y sistemático del comportamiento y las acciones de los individuos, para lograr un accionar de conjunto. La disciplina garantiza la sujeción constante de los integrantes de la organización militar y les impone un vínculo que los hace tanto más útiles cuando más obedientes.”¹⁸⁰

¹⁷⁷ CORRALES ELIZONDO, Agustín. “Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas”. en *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*. Colección Estudios de Derecho Judicial 112, ediciones do Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 48-49.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 78.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 79.

¹⁸⁰ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., op. cit. p.31-32.

La eficacia en el cumplimiento de las misiones que corresponden a las Fuerzas Armadas, resulta en el mayor interés de toda la sociedad a la que sirve el instituto armado. Si la labor de defensa nacional y preservación de las instituciones del Estado resulta fallida, se colapsaría la organización gubernamental, afectando a todos los habitantes. Los militares tienen a su cargo una función estratégica en la que no deben fracasar. Sacrificar a los menos en beneficio de la mayoría, justifica el régimen exorbitante de excepción al que se sujeta a los militares.

Quienes han “optado por seguir una carrera militar aceptan, por voluntad propia, un sistema de disciplina militar que por su propia naturaleza implicaba la posibilidad de establecer sobre ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas ciertas limitaciones susceptibles de no ser impuestas a los civiles”.¹⁸¹ La carrera militar es más que una profesión. Es un proyecto de vida. Se requiere vocación y capacidad de adaptación para desarrollarse exitosamente en este ámbito de grandes exigencias personales y profesionales.

El régimen disciplinario militar, atempera los derechos humanos de los miembros de las Fuerzas Armadas. Limita ciertas libertades fundamentales, como las de residencia, tránsito, expresión, activismo político, asociación sindical, por mencionar algunas, que de toda necesidad, inciden en la legislación militar. Para ejemplificar este aspecto, los militares no usan una vestimenta ordinaria, muestran su *curriculum vitae* por medio de las insignias, colores y distintivos que portan. Así, a simple vista, se puede distinguir a qué país sirven, la unidad a la que están adscritos, su jerarquía, el arma a la que pertenece, su formación académica militar, su antigüedad, su nombre, las distinciones que ha recibido, en suma se les identifica plenamente. Solamente otra institución impone condiciones de vida tan especiales a sus integrantes: la Iglesia. Tanto para los clérigos como para los militares, no solamente se trata de una profesión, sino de una forma de vida. El individuo que decide integrarse a la institución castrense no abandona su condición al terminar la jornada del día; ser militar es asumir un conjunto de valores, creencias y modelos de comportamiento que difícilmente pueden ser abandonados a lo largo de la vida. En este sentido, “*las condiciones de vida, las restricciones y el carácter que la institución militar imprime a sus integrantes, exigen un*

¹⁸¹ Sentencia del caso Kalaç contra Turquía de 1 de julio de 1997, citada por CORRALES ELIZONDO, Agustín, op.cit. p. 80. El texto completo de la sentencia se puede consultar en <http://www.echr.coe.int/>

*nivel de identificación, compromiso y obediencia, que genera un profundo sentimiento de diferenciación con el resto de la sociedad: los civiles”.*¹⁸²

No sería aventurado considerar que mientras la sociedad civil se encuentra fundada en la libertad, las corporaciones militares lo están en la obediencia.

El **espíritu de cuerpo**, marca la conducta de los militares en todos los aspectos de su vida. Al término de su jornada laboral los integrantes de las Fuerzas Armadas no abandonan su condición militar, los sigue las 24 horas del día y todos los días del año. Aceptar este estilo de vida es asumir un conjunto de valores, creencias y modelos de comportamiento que difícilmente pueden ser abandonados a lo largo de la vida de una persona. Desde las etapas formativas se inculca el valor de la acción en conjunto sobre las consideraciones del individuo; el honor del estamento militar que deben honrar sus integrantes.

La **eficacia en el cumplimiento de sus misiones** condiciona todos los aspectos de la vida del militar. El espíritu de sacrificio y una exigencia al máximo son características que solamente se demandan de los militares. Los servidores públicos civiles cumplen sus funciones sobre bases de razonabilidad limitada. A ellos no se les exige anteponer su integridad física e incluso la vida en el desempeño de sus responsabilidades.

Por último, **autonomía operativa bajo control civil**, es un principio ampliamente aceptado que de suyo implica una distinción de los sectores civil y militar. En efecto, la ley regula la vida del hombre en sociedad; civiles y militares conforman la sociedad. Sin embargo civiles y militares se rigen por principios diferenciados, atendiendo al rol que desempeñan. La sociedad civil se funda sobre la libertad; las corporaciones castrenses sobre la obediencia. Los civiles ejercen su libertad y se conducen en relaciones de igualdad. Los militares se guían por principios de disciplina, orden y jerarquía; solamente quienes detentan el mismo grado se relacionan en términos de igualdad, pero aun así el más antiguo tiene preeminencia.

La profesión militar tiene un carácter corporativo por excelencia, que se acentúa por su dicotomía con la sociedad civil. Quien no tiene la calidad de militar es civil y viceversa. Es más la expresión coloquial, “*vestir de paisano*”, significa portar ropa distinta al uniforme militar o al hábito eclesiástico.¹⁸³ Se

¹⁸² BERMEJO LARA, Dolores et al., op. cit. p.32.

¹⁸³ Cfr. <http://lema.rae.es/drae/>

genera un marcado sentimiento de diferenciación entre militares y civiles, en el desempeño profesional y en el estilo de vida. Ello se refuerza con prestaciones laborales diferenciadas y superiores al resto de los servidores públicos y de los trabajadores civiles, además de ámbitos exclusivos administrados por y para los militares.¹⁸⁴

Las particularidades de la función militar y las del estamento social al que pertenecen los militares, sustentan los argumentos para preservar la existencia de espacios de interacción apartados del resto de la sociedad y sobre todo, para defender la autonomía institucional de las Fuerzas Armadas frente al resto del Estado. La justicia militar como espacio propio para regular la disciplina y administrar justicia no escapa a este debate, debido a las diferencias esenciales respecto a las normas aplicables al ámbito civil.

Las relaciones aparentemente antagónicas entre la sociedad civil y el estamento militar las refiere Samuel P. Huntington: “Las imperativas funciones de seguridad dan origen a complejas instituciones vocacionales que moldean al cuerpo de oficiales hasta convertirlo en una unidad social autónoma. La entrada en esta unidad está restringida a aquellos que han cumplido con la necesaria educación y entrenamiento, y por lo general se permite sólo en el nivel más bajo de competencia profesional. La estructura corporativa del cuerpo de oficiales incluye no sólo a la burocracia oficial, sino también a sociedades, asociaciones, escuelas, periódicos, costumbres y tradiciones. Por lo común, vive y trabaja separado del resto de la sociedad (...) la línea entre él y el lego civil está públicamente simbolizada por uniformes e insignias de rango.”¹⁸⁵

Las leyes y reglamentos que regulen a las Fuerzas Armadas y el estatuto particular de sus integrantes, deberán orientarse por los principios que hemos mencionado y que reflejan la esencia de las corporaciones militares. Los cuatro aspectos que constituyen el *etos* castrense, son los principios rectores que deben sostener a la jurisdicción militar. Sin **disciplina, espíritu de cuerpo, eficacia en el cumplimiento de sus misiones ni autonomía**

¹⁸⁴ Nos referimos a diversos aspectos de la vida militar. En lo profesional, escuelas y centros militares de formación superior; en el desempeño profesional se ubican en cuarteles e instalaciones generalmente alejadas de los centros de población civil; la residencia de los militares y sus familias se ubica en unidades habitacionales militares; la provisión de servicios y bienes públicos se realiza en tiendas y hospitales militares; también hay colegios para hijos de militares; su esparcimiento se realiza en clubes y centros de diversión también reservados para personal militar y sus derechohabientes.

¹⁸⁵ HUNTINGTON, Samuel P. “El soldado y el Estado: Teoría y política de las relaciones **civiles** militares, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1995, p. 27.

operativa bajo control civil, podremos considerar a las Fuerzas Armadas como instituciones sostenedoras de la permanencia del Estado. El derecho militar deberá considerarlos como los valores que lo sustentan y que deben ser jurídicamente tutelados.

3. Concepto de Función Jurisdiccional Militar y Tópicos para su Configuración Constitucional

Aplicar la normativa castrense y resolver las cuestiones penales, disciplinarias, administrativas, laborales o de cualquier otra naturaleza, requiere de órganos del Estado dotados de competencia jurisdiccional que se aboquen a ello.

La subsistencia de los tribunales militares, es una excepción al principio de igualdad ante la ley y el mantenimiento de una jurisdicción especial para todo lo relacionado con los delitos y faltas disciplinarias cometidas en contra del instituto armado.

“La justicia militar se basa en la existencia de uno o más códigos que contienen normas administrativas, disciplinarias, penales y procesales, aplicables al conjunto de las Fuerzas Armadas (incluyendo también contenidos específicos para cada fuerza), y en la existencia de un cuerpo especializado de jueces y auxiliares que lo ponen en práctica.”¹⁸⁶

Los órganos que administran la justicia militar tienen potestad jurisdiccional. Por tanto su lógica de razonamiento y estructura interna debe ser respetuosa de los principios que rigen la función jurisdiccional: independencia e imparcialidad del juez y las garantías genéricas de carácter procesal de tutela judicial efectiva y debido proceso. Asimismo deben existir idénticas garantías básicas de organización y funcionamiento institucional, común y propio a todo órgano judicial.

Según César San Martín, “en el proceso de consolidación del Estado social y democrático de derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento del sistema de justicia, delimitándola como jurisdicción especializada, y en algunos casos restringiéndola a tiempos de guerra”. La jurisdicción militar, puede estar ubicada dentro o fuera del Poder Judicial y ello depende del

¹⁸⁶ RIAL, Juan. Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total. En *La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia*. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág. 23.

Congreso. Segunda, si el legislador decide hacerlo dentro del Poder Judicial debe haber un estatuto jurídico común a todos los jueces que asegura autonomía judicial y, sobre todo, trato igualitario entre sus miembros. Si el legislador decide hacerlo fuera del Poder Judicial, deberá dotársela de un estatuto jurídico único para sus miembros. Es indiferente que la organización de la justicia castrense se incorpore al Poder Judicial como un orden jurisdiccional más, se estructure de modo independiente a él, o se genere un modelo híbrido.”¹⁸⁷

Donayre Montesinos, señala que “en un escenario en el que existen conflictos o controversias que involucran aspectos propios de la vida militar, queda claro que nadie puede poner en duda la necesidad de una jurisdicción o justicia especializada en dichas materias. Sin embargo, en lo que aún existe discusión o, para decirlo de otro modo, en lo que aún no existe consenso, es en torno a si por tal modalidad de jurisdicción, ha de entenderse una función militar que exige una determinada formación jurídica o una responsabilidad judicial que teniendo características muy particulares en orden a la materia sobre la que versa, no deja de ser esencialmente jurídica. Naturalmente y aunque pocos se atreven a aseverar que lo que llamamos jurisdicción militar sea una función *strictu sensu* militar, lo cierto es que al postular o argumentar en pro de un estatus paralelo al de la jurisdicción ordinaria, no hacen otra cosa que legitimar su existencia a partir de lo que representa la institución castrense. Con un tono radical o conservador, el mensaje que se suele dispensar es en el fondo, esencialmente el mismo: la justicia militar es independiente de la ordinaria desde que la propia Constitución supuestamente reconoce tal paralelismo y como a alguna entidad o institución le tiene que estar encomendada su estructura y funcionamiento, esta última, en atención a sus contornos o características, pero por sobre todo, en atención a las materias de las que se ocupa, no sería otra que la castrense o militar. Quienes por el contrario se oponen a dicha perspectiva argumentan que toda función donde se dilucida situaciones jurídicas o resuelve conflictos, más allá de quienes sean los partícipes o involucrados, es por excelencia un asunto jurídico y como tal debe ser acometido. Sin temor a equivocarnos creemos pertinente subrayar que cuando la Constitución reconoce la existencia de una justicia o jurisdicción militar, no está incorporando un esquema institucional distinto al ordinario. Simplemente se está limitando a reconocer algo que ya hemos

¹⁸⁷ SAN MARTÍN, César. “Principio de unidad de la jurisdicción y justicia militar”. Gaceta del Tribunal Constitucional N.º 2, abril-junio 2006.

adelantado y que en principio nadie puede colocar en tela de juicio: la necesidad de una jurisdicción o justicia indiscutiblemente especializada.”¹⁸⁸

En este sentido Casado Burbano señala: “Los militares gozaban de un fuero propio; era un factor diferencial en una sociedad estratificada por estamentos. Al disfrute de una serie de privilegios, exenciones e inmunidades, el estamento castrense unía el sometimiento a una jurisdicción peculiar. En principio, las causas civiles y criminales en la que figurase como demandado o como presunto acusado un militar, sus próximos familiares o sus criados, quedaban sustraídas al conocimiento de la administración de justicia ordinaria y atribuida a la competencia de jueces domésticos, aunque el objeto del litigio fuese ajeno a la función o al servicio militar. Abusos y desmanes cometidos contra intereses de personas pertenecientes a otros grupos sociales quedaban, unas veces en apariencia y otra en la realidad, impunes.”¹⁸⁹

Según Bermeo Lara y Castañeda García, “la justicia militar puede ser entendida como un sistema que define y aplica sobre el personal militar, normas basadas en principios institucionales, con el objetivo de proteger bienes jurídicos como la integridad de las Fuerzas Armadas, la defensa nacional y/o la seguridad del Estado.”¹⁹⁰

Jaime Couso, llega a la definición del principio de unidad jurisdiccional, que tiende a la unificación del derecho y la eliminación de los fueros, que apunta a que todos deben ser juzgados por los mismos jueces y que éstos deben ser independientes. Para garantizar la efectividad de las especificidades, Couso plantea:

“Ello no obsta la existencia de jueces especiales en razón de su competencia material, pero su especificidad no debe afectar su unidad dentro del Poder Judicial. Así concretamente, todos los órganos de la justicia deben estar integrados por jueces naturales y predeterminados, que gocen de independencia externa, que estén sometidos a un estatuto

¹⁸⁸ DONAYRE, Montesinos, pág. 18

¹⁸⁹ CASADO BURBANO, Pablo. Las Fuerzas Armadas en el inicio del Constitucionalismo Español. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1982. Pág. 18

¹⁹⁰ BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militaren América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 34.

único, sean técnicos de carrera e integrados en un cuerpo judicial único, bajo una superintendencia única”.¹⁹¹

González Oropeza señala que

“los tribunales militares deben ser reducidos a su objetivo fundamental que es garantizar la disciplina y la función militar, cuidando siempre del respeto a los Derechos Fundamentales de los militares. En un espacio específico para tales efectos, presentaremos las diferentes alternativas que se presentan concretamente para la realidad mexicana.”¹⁹²

La jurisdicción militar también ha sido denominada fuero militar o de guerra. Esta es una denominación poco afortunada. José Manuel Villalpando señala al respecto que “el avance del principio de igualdad ante la ley a través de la historia, ha sido una lucha en contra de los tribunales especiales y los privilegios para ciertos grupos o estamentos de la sociedad. En efecto, los fueros desaparecieron uno a uno, hasta que solamente quedaron dos, el eclesiástico y el militar. El primero perdió la batalla a mediados del siglo XIX y sólo quedó como único superviviente de un antiguo sistema de clases y privilegios, el fuero de guerra, castrense o militar.”¹⁹³

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, respecto de la palabra fuero señala: “(Del latín *forum*, foro) Históricamente, norma o código dados para un territorio determinado. Jurisdicción, poder. *Fuero eclesiástico, secular*. Compilación de leyes. *Fuero Juzgo, fuero real*. Cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una provincia, a una ciudad o a una persona. Competencia a la que están sometidas las partes y que por derecho les corresponde. Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. *Fuero parlamentario*. Lugar o sitio en el que se hacía justicia.”¹⁹⁴

¹⁹¹ COUSO, Jaime. Competencia de la Justicia Militar. Una perspectiva político criminal. En MERA, Jorge. Hacia una Reforma de la Justicia Militar

¹⁹² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; El Fuero Militar en México: La injusticia en las Fuerzas Armadas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. www.bibliojuridica.org, pág. 5.

¹⁹³ VILLALPANDO, pág.93.

¹⁹⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 742.

El magistrado Jorge Ojeda Velázquez, señala que el aludido vocablo tiene muchos significados: “a) Una de ellas, toma en cuenta la raíz latina del que deriva, FORUM, el que significa recinto, plaza pública, vida judicial; por extensión así se le llama al lugar o local donde se administra la justicia, lo que hoy llamaríamos el edificio que ocupan o en donde se localizan los juzgados o tribunales; b) otra acepción se refiere al ámbito de jurisdicción personal en donde deben de resolverse los asuntos; así se afirma, canónicamente, que hay pecados que pertenecen al foro interno y otros al foro externo; c) se le identifica con el término de ley o de compilación de leyes, tanto sustantivas como adjetivas: Fuero Juzgo, Fuero Real, Fuero Viejo de Castilla, Fuero de Aragón, etc.; d) otra acepción denota una situación limitada de jurisdicción o competencia entre tres tipos de tribunales: se dice del "fuero federal", para señalar la competencia para conocer de determinados casos por los tribunales federales; se afirma que un asunto es del "fuero común", para señalar la esfera competencial de los tribunales locales; del "fuero militar", para asuntos relativos al ámbito castrense; e) se le conoce como privilegio constitucional de los altos servidores públicos de la federación o locales, pues antes de ser "desaforados" y juzgados por un delito y ante un tribunal ordinario, las Cámaras de Diputados y Senadores en tratándose de los primeros, y las legislaturas locales, en tratándose de los segundos, resuelvan sobre la procedencia o improcedencia del proceso penal incoado en su contra; f) el concepto fuero, significa también carta de privilegios, prerrogativas, exenciones de cualquier especie y contenido, mercedes o libertades otorgadas a cualquier persona humana o moral, en virtud del rango o linaje a que pertenecen; g) finalmente, puede significar el derecho que tienen determinadas personas en razón de su "status" o condición jurídica para llevar sus pleitos al conocimiento de tribunales creados para conocer de este género de negocios jurídicos.”¹⁹⁵

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió un criterio de interpretación del artículo 13 constitucional, bajo el rubro: **"Igualdad. Las garantías previstas en el artículo 13 constitucional la consagran, en el aspecto jurisdiccional, prohibiendo las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros.** De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional y, particularmente, del debate que suscitó el mismo precepto de la constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico; el

¹⁹⁵ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Derecho Constitucional Penal, Porrúa, México 2006, págs. 70-71.

de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribe la aplicación de leyes que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social."¹⁹⁶

Numerosos fueros existieron durante el Virreinato de la Nueva España, lo que volvía compleja y desigual la impartición de justicia, ya que diversos tribunales especiales, con procedimientos diferentes buscaban dirimir las controversias planteadas, pero siempre desde la óptica de favorecer a un gremio en particular. La obra enciclopédica *Derechos del Pueblo Mexicano*, describe brevemente los fueros de aquel tiempo y permite imaginar lo complejo de la organización judicial y lo dividida que debió estar la sociedad de entonces.¹⁹⁷ "La Real Ordenanza de Intendentes, de 1786, contemplaba treinta y un fueros, de entre los principales menciona al FUERO COMUN O JUSTICIA REAL ORDINARIA, compuesto por un Alcalde Mayor o Corregidor que tenía competencia para conocer en primera instancia, de negocios civiles y criminales en los pueblos de indios, y en asuntos administrativos, el cobro de tributos y gabelas. Como Tribunales de Apelación, fungían las Audiencias cuyo poder de conocimiento era tal que corregían inclusive las disposiciones ilegales de los Virreyes y practicaban visitas a los Corregidores y demás funcionarios judiciales. El "FUERO DE INDIOS", se ocupaba de conocer de los litigios habidos entre los indígenas y los españoles; el "FUERO DE HACIENDA", que conocía de las cuestiones concernientes de la moneda, alcabalas, y estancos, y en general de los impuestos, así como de la supervisión de todas las cuentas y gastos del presupuesto; el "FUERO MONÁSTICO", creado para conocer de los asuntos civiles y criminales entre los eclesiásticos, seculares y regulares en atención a que los Obispos, sus Vicarios Generales y Provisores, los Superiores de órdenes religiosas y todo individuo perteneciente al estado seglar, no podían quedar sujetos al fuero ordinario, sino que debían de ser juzgados con arreglo a la legislación canónica, lo mismo en sus personas que en sus bienes, lo que dio origen a la creación de un tribunal eclesiástico, autónomo e independiente del poder civil público que contaba con legislación, tribunales, patrimonio y vida jurídica propias. El "FUERO DE LA BULA DE LA SANTA CRUZADA" que se ocupaba de la recaudación de rentas o donativos

¹⁹⁶ Tesis número CXXXV/97, aprobada en sesión privada celebrada el 25 de agosto de 1997, al resolver el amparo directo en revisión 698/96, promovido por Emilio Ocejo Gutiérrez y otro, por unanimidad de 10 votos.

¹⁹⁷ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. *Derechos del Pueblo Mexicano*, México a través de sus Constituciones, Porrúa, México, 2000. Tomo III, Comentarios al artículo 13 constitucional por OVALLE FAVELA, Jorge, págs. 27 y 28.

destinados al objeto para el que fue creado. El "FUERO DE DIEZMOS", encomendado a un Juez eclesiástico, llamado "hacedor", quien intervenía con el carácter de subdelegado del monarca y se ocupaba de recolectar las cantidades de dinero que se entregaban a la iglesia. El "FUERO MERCANTIL", reglamentado por las Ordenanzas de Bilbao y que estaba constituido por tribunales de comercio, independientes de los tribunales ordinarios, compuesto de un Prior y de Cónsules elegidos por los mismos comerciantes, en primera instancia, y de un Oidor, en la apelación. El "FUERO DE MINERIA", que al igual que el anterior fuero, no era sino un privilegio reconocido a los mineros para que sus negocios quedasen sujetos a una jurisdicción especial, autorizándoles para designar a sus propios jueces. El "FUERO DE BIENES MOSTRENCOS, VACANTES O INTESADOS", que conocía de todo lo relacionado con ese tipo de bienes, inclusive el de ausentes. El "FUERO DE LA ACORDADA" o tribunal del mismo nombre, establecido para conocer de delitos contra la propiedad y contra las personas, escándalos públicos, bebidas prohibidas y salteamiento. El "FUERO DE LA SANTA HERMANDAD", creado con idénticas finalidades que el anterior, y que fue necesario establecer para perseguir a los malhechores en los caminos; se le dio este nombre, porque los habitantes de los pueblos se reunían en hermandad y elegían a sus funcionarios que recibían el nombre de "rondas" para cubrir el servicio de vigilancia, independientemente de las funciones de policía que correspondía al gobierno. El "FUERO DE LA SANTA INQUISICIÓN", se ocupaba de mantener el imperio de la fe y de perseguir a los ateos, judaizantes, herejes, relapsos, etc. El "TRIBUNAL DE CORTE Y CONSEJO DE INDIAS", que intervenía en cuestiones en que se afectaban los intereses de los huérfanos, viudas, ancianos y corporaciones de cierto linaje, mayorazgos y encomiendas de cuantía. El "FUERO DE GUERRA", que se subdividía en fuero de ingenieros, de artillería y de marina, cuya característica era la de mantener la exclusividad en todo lo relacionado con las funciones militares e impedir que la justicia común extendiese su acción a personas pertenecientes al ejército.¹⁹⁸

En la actualidad, el término *fuero*, se usa coloquialmente como sinónimo del derecho que ampara o protege en forma especial una dignidad personal o bien una función pública conferida por la ley.¹⁹⁹ En este sentido se

¹⁹⁸ Estudio similar se encuentra en OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Derecho Constitucional Penal, op. cit. pág 73.

¹⁹⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido el fuero inmunidad de la siguiente manera: El fuero es, según su génesis, un privilegio que se confiere a determinados servidores públicos para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento, así como para mantener el equilibrio entre los Poderes del Estado, dentro de regímenes democráticos. No es lo que en la teoría del delito se llama excluyente de responsabilidad, que impediría en todo caso que la figura delictiva llegare a constituirse, sino un impedimento legal para que quien goce de esa prerrogativa no quede sometido a la potestad jurisdiccional. Por tal razón, la circunstancia de que un servidor público esté provisto de inmunidad no

confunde el término con la declaración de procedencia, que exige la constitución para proceder penalmente en contra de altos funcionarios públicos. También se utiliza para identificar la competencia de los tribunales, a efecto de conocer determinados asuntos, como sinónimo de jurisdicción. En este sentido, por fuero de guerra, debe entenderse la competencia de los tribunales militares, para decir el derecho, dentro de los ámbitos, objetivo y subjetivo, que la ley establece. Esta acepción del término fuero, es la que considero está permitida por la constitución.

El concepto de *fuero* prohibido por mandato constitucional y proscrito por la doctrina como pernicioso, tiene que ver con algunas de las acepciones señaladas en párrafos precedentes y está íntimamente relacionada con la garantía específica de igualdad de todos los individuos ante la ley que nuestra tradición jurídica-liberal instituyó para robustecer las instituciones democráticas. En efecto, lo que se prohíbe son las situaciones de privilegio, derivadas de la condición social de las personas, así como el conjunto de órganos jurisdiccionales creados en beneficio de ciertas personas o corporaciones, de tal manera que éstas sólo puedan demandar o ser demandadas ante los tribunales creados en su beneficio, excluyéndolas de la competencia de los juzgados ordinarios.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio: Fuero. Su prohibición en el artículo 13 constitucional implica la proscripción de jurisdicciones o esferas competenciales distintas, en función de la situación social de determinada persona o corporación. No obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación. En efecto, al establecer el artículo 13 constitucional la subsistencia del fuero de guerra, en tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, se refiere a la aplicación, en estos supuestos, de leyes distintas por tribunales militares. De esta forma no debe existir, fuera del ámbito militar, ningún tribunal distinto de los ordinarios que privilegie a determinada persona o corporación.

imposibilita que se lleve a cabo la averiguación previa correspondiente a fin de determinar si la conducta que se le imputa constituye o no algún delito. La inmunidad de que están investidos los servidores públicos aludidos está en relación directa con el ejercicio de la acción penal ante las autoridades jurisdiccionales competentes, quienes tienen la obligación de respetarla, no a la facultad-deber que tiene la institución del Ministerio Público Federal para investigar hechos probablemente criminosos.

La Constitución mexicana utiliza el término *fuero de guerra*, para referirse a la jurisdicción militar. El término *guerra*, aparece en el diccionario como:

“Desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más potencias. Lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación.”²⁰⁰

Entonces, la jurisdicción militar, ¿solamente funcionaría en tiempo de guerra? Para el caso de México, desde luego la respuesta es negativa, toda vez que los tribunales militares han funcionado regularmente en tiempo de paz. El uso de la palabra “guerra”, era común para referirse a las cuestiones relacionadas con las Fuerzas Armadas, independientemente de que el país se encontrase en paz. La palabra *guerra* para hacer alusión a lo militar, cayó en desuso, para ser sustituida por el concepto de defensa nacional.²⁰¹

“Ya se ha indicado que dentro del régimen jurídico de un Estado la legislación castrense o militar es un régimen jurídico diferenciado de la legislación común (como lo está también el derecho canónico), por lo que para darle fundamento constitucional y no contrariar los principios de las garantías individuales del gobernado, se estableció en la Constitución, <el fuero militar> salvaguardar el imperio de la ley y la disciplina castrenses, que son torales en el ejército, por ser el órgano gubernamental principal de fuerza coactiva y seguridad nacional por excelencia; de no ser esto así, la legislación castrense no tendrá objeto ni razón para existir, pues su régimen se convertirá en disposiciones de tipo administrativo civil o policial que quedarían encuadradas dentro de la legislación común del Estado.

El fuero de guerra no es “erga omnes” (aplicable a todos los hombres), es únicamente para los individuos que integran las fuerzas armadas, razón por lo que no constituyen un privilegio, pues implica el sacrificio de las garantías individuales del militar en beneficio de la seguridad del Estado y su pueblo; por lo que en vez de serles favorable (como indebidamente cree la generalidad de las gentes) les es altamente desfavorable, penoso y peligroso. Todos los

²⁰⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 795.

²⁰¹ En México, la Secretaría o Ministerio de Guerra y Marina cambió su denominación por la de Secretaría de la Defensa Nacional, mediante decreto publicado el 1 de noviembre de 1937. Los decretos de 31 de diciembre de 1940, 21 de diciembre de 1946 y 24 de diciembre de 1958, así como el del 29 de diciembre de 1976 que promulga la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ratifican su competencia y denominación como Secretaría de la Defensa Nacional. Cfr. página electrónica de la Secretaría de la Defensa Nacional, www.sedena.gob.mx.

estados actualmente mantienen el régimen castrense en vigor por ser un régimen jurídico especial e independiente de los sistemas de derecho común; la necesidad de la existencia de los ejércitos obligan a su creación pues de no ser así, los ejércitos estarían convertidos en un peligroso instrumento de represión sin control jurídico, pues el fuero de guerra es el único medio idóneo para ese control porque se sustenta en cientos de años de probada eficiencia, de no ser así, ya hubiera desaparecido de todos los países del orbe. También es el instrumento legal de coacción que el estado tiene para mantener disciplinado y apto para el combate al ejército, perfectamente entrenado, disciplinado y conscientes sus integrantes de sus deberes militares para con el pueblo del Estado a que pertenecen.”²⁰²

“La jurisdicción militar ha sido definida como la que se ejerce por los jueces, tribunales y autoridades de las fuerzas armadas, sobre los negocios y causas que atribuyen las leyes y sobre los militares y demás personas sujetas a la misma,” es la potestad que tiene los juzgados militares para conocer los negocios de las personas que sirven en los ejércitos o dependen de ellos”, agregando que el fuero de guerra se divide en militar y político. Del primero gozan todos los que sirven en el ejército, armada, milicia y algunos otros, y del segundo, los jefes y oficiales de la secretaría de guerra y marina, los intendentes, comisarios de ejército con sus respectivos oficiales y los dependientes de los hospitales militares. Fuero de guerra; ordinario y especial; comprende el primero, los asuntos más comunes concernientes a los intereses de la milicia y se ejerce sobre los militares y demás que no están sometidos a fuero o jurisdicción especial dentro del organismo militar. El fuero militar especial versa sobre cosas de naturaleza especial también o sobre personas que ocupan en la milicia una posición más privilegiada, que en tiempos de paz y en circunstancias normales, los mismos militares debían estar sometidos a la jurisdicción común ordinaria en todos los asuntos o causas que no sean de índole propiamente militar.”²⁰³

La Corte suprema de México define a la jurisdicción militar en los siguientes términos: “se advierte que el fuero de guerra es una jurisdicción especializada que comprende el conocimiento tanto de los delitos como de las faltas contra la disciplina militar y, por ende, a todas las autoridades

²⁰² SASTRÉ VILLACORTA, Carlos, Las Fuerzas Armadas Mexicanas, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar. Editorial SISTA, 1ª edición, México 2002, págs 26, 27.

²⁰³ Cfr. Estudio comparado del derecho de libertad de expresión de los militares y su incidencia sobre el fuero militar, www.bibliojuridica.org.

legalmente facultadas para intervenir en tales asuntos e imponer las sanciones que correspondan (penas o correctivos disciplinarios), y no sólo a las que señala el artículo 28 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, a saber, el Supremo Tribunal Militar, la Procuraduría General de Justicia Militar y el Cuerpo de Defensores de Oficio. En ese sentido, aun cuando la Secretaría de la Defensa Nacional puede ser considerada como una autoridad administrativa, en virtud de que pertenece a la Administración Pública Federal Centralizada, es indudable que al ejercer la facultad que le fue conferida para organizar, equipar, educar, capacitar y desarrollar a las Fuerzas Armadas de tierra y aire, así como para conocer y sancionar, por conducto de las autoridades castrenses competentes, los delitos y faltas contra la disciplina militar, se constituye como un órgano del fuero de guerra, por lo que tratándose de arrestos por faltas contra la disciplina militar, no resulta aplicable el límite temporal de treinta y seis horas que el artículo 21 de la Constitución Federal prevé para los arrestos por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, en tanto que dicho fuero constituye una excepción a los principios consagrados en el primer párrafo del citado precepto constitucional.”²⁰⁴

Comparto la definición de que el fuero de guerra es una jurisdicción especializada que comprende el conocimiento tanto de los delitos como de las faltas contra la disciplina militar y por ende, a todas las autoridades legalmente facultadas para intervenir en tales asuntos e imponer las sanciones que correspondan. Problema aparte, será determinar si debe subsistir esta jurisdicción especializada en tiempo de paz o solamente operar en época de conflicto. Este tema será tratado en apartados posteriores de este trabajo.

El concepto más adecuado es el de jurisdicción militar, toda vez que evita usar el término “fuero”, que trae aparejada la idea de privilegio, situación completamente contraria a la realidad. En efecto, quedar sometido al régimen militar y a todo lo que ello implica, es todo menos un privilegio en términos de beneficios, ya que impone al sujeto pasivo de este régimen, una serie de limitaciones en perjuicio de su condición jurídica. Al militar, por el solo hecho de serlo, se le limitan sus derechos fundamentales y el régimen de disciplina que norma su vida, altera la escala de valores que tutela el derecho a favor de los civiles.

Desde mi personal punto de vista, la jurisdicción militar debe configurarse con base en cinco tópicos:

²⁰⁴ Cfr. Interpretación artículo 13 constitucional en <http://www.scjn.gob.mx>

1. La jurisdicción militar, es una excepción al derecho fundamental de acceso universal a la administración de justicia y al principio de unidad jurisdiccional. Por ello deberá tener una configuración de nivel constitucional, toda vez que implica una atemperación de los Derechos Humanos de los militares considerados como ciudadanos en armas. No deberá soslayarse que los fines que persigue la justicia militar son diversos a los de la justicia civil, toda vez que la primera tutela el etos militar: disciplina, espíritu de cuerpo, eficacia en el cumplimiento de sus misiones y autonomía operativa bajo control civil. El ámbito estrictamente castrense deberá estar claramente delimitado.
2. Es necesario distinguir entre jurisdicción militar penal y disciplinaria. Cada subsistema tiene principios propios.
3. La competencia estrictamente castrense de la jurisdicción penal militar, necesariamente limita sus ámbitos subjetivo, objetivo y normativo, dentro de los principios orientadores de los Derechos Humanos.
4. Configurar constitucionalmente los parámetros de la jurisdicción disciplinaria militar, sujeta a los principios de inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando y entidad sancionadora mínima.
5. La jurisdicción penal militar debe ser configurada como una jurisdicción auténtica, con principios similares a los que rigen a la administración de justicia ordinaria, como lo son independencia, inamovilidad, imparcialidad, legalidad, objetividad, publicidad, igualdad de armas, gratuidad y responsabilidad, pero atendiendo a su naturaleza especial y especializada, desde el punto de vista orgánico y funcional.

En los epígrafes siguientes abordaremos cada uno de los aspectos planteados.

4. Ámbito estrictamente castrense

El espacio propio de la vida militar no solamente se refiere a sus actividades profesionales como garantes de la seguridad y defensa nacionales. Servicio público al que destinan su proyecto de vida. De manera similar a lo que sucede con la iglesia “las condiciones de vida, las restricciones y el carácter que la institución militar imprime a sus integrantes, exigen un nivel de identificación, compromiso y obediencia, que genera un profundo sentimiento de diferenciación con el resto de la sociedad: los civiles”.²⁰⁵ Ser

²⁰⁵ BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.”

militar no es una ocupación como cualquier otra, sino una opción de vida. Es vivir bajo un conjunto de valores, creencias y modelos de comportamiento que los diferencian de los ciudadanos civiles. Así, “mientras los militares se guían por principios de orden y jerarquía, los civiles ejercen su libertad y se desarrollan en líneas generales en relaciones de igualdad.”²⁰⁶

El ámbito de lo militar es tan especial y particular que para pertenecer a él, se requiere primero de una selección a partir de características antropométricas y condiciones de salud. Superada esta barrera, se debe aprobar el curso de formación, básico para la tropa y especializado para los oficiales. Se les forma bajo los principios de responsabilidad y corporativismo. En este sentido Samuel P. Huntington señala que “*Las imperativas funciones de seguridad dan origen a complejas instituciones vocacionales que moldean al cuerpo de oficiales hasta convertirlo en una unidad social autónoma. La entrada en esta unidad está restringida a aquellos que han cumplido con la necesaria educación y entrenamiento, y por lo general se permite sólo en el nivel más bajo de competencia profesional. La estructura corporativa del cuerpo de oficiales incluye no sólo a la burocracia oficial, sino también a sociedades, asociaciones, escuelas, periódicos, costumbres y tradiciones. Por lo común, vivo y trabajo separado del resto de la sociedad (...) la línea entre él y el lego civil está públicamente simbolizada por uniformes e insignias de rango.*”²⁰⁷

Lo anterior se refuerza por virtud de los controles de conveniencia para los militares. Más que controles son prestaciones especiales y favorecedoras para el gremio y sus familiares. Ámbitos propios administrados por y para los militares, que incluyen aspectos tan diversos como la formación del personal en escuelas y centros militares de formación superior. Las zonas militares y cuarteles están cercanos a las unidades habitacionales militares. La prestación de bienes y servicios, tiendas, bazares y centros comerciales, son frecuentemente concesionados a familiares de militares. Cuentan con sus propios y exclusivos hospitales militares y colegios para sus hijos. El esparcimiento en cines, centros deportivos y clubes sociales también es

Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 34.

²⁰⁶ Ibid. BERMEJO LARA

²⁰⁷ HUNTINGTON, Samuel P. El soldado y el Estado: Teoría y política de las relaciones civiles militares, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1995, pág. 27.

reservado para ellos. Inclusive para los militares en situación de retiro se organizan actividades culturales y centros de reunión.

Las particularidades de la función militar han sido de esta manera frecuentemente esgrimidas para preservar la existencia de espacios de interacción apartados del resto de la sociedad y sobre todo, para defender la autonomía institucional de las Fuerzas Armadas frente a la sociedad.

La justicia militar no es ajena a este modelo divergente. Existe un ámbito propio para regular la disciplina y administrar justicia. Aún en los países donde la competencia para juzgar delitos de orden militar pertenezca a los tribunales ordinarios del fuero común, no escapa a estos casos, aunque ciertamente se diferencia de los mencionados por las considerables implicancias jurídicas que conlleva.

Determinar el ámbito estrictamente castrense de la competencia de los tribunales militares, requiere de un análisis detallado. El ámbito subjetivo de aplicación del Derecho militar, excluye a otras personas o corporaciones que no sean los militares y las Fuerzas Armadas, implica de toda necesidad que se incorpora una limitación para la jurisdicción militar. ¿Cuál es esa limitación, si es que existe? La respuesta a esa pregunta la buscaremos mediante el estudio de los antecedentes históricos del mandato constitucional, los debates parlamentarios previos a su aprobación en el congreso constituyente y finalmente los criterios de interpretación que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La justicia de mando, es la primera expresión de la jurisdicción militar. Podemos afirmar que los jefes militares, han tenido históricamente, poderes prácticamente ilimitados sobre sus subordinados. La desaparición de ejércitos mercenarios y la conformación de ejércitos nacionales, establecimiento del servicio militar obligatorio y sobre todo la progresiva formación del Estado democrático de derecho, con la profesionalización de las Fuerzas Armadas, fueron mermando las facultades punitivas del jefe militar. A paso y medida en que se produjo esta evolución, comienza a formarse el moderno derecho militar. En este sentido, la jurisdicción militar, o los tribunales militares, aparecen en sentido propio, cuando se despoja, al menos en lo esencial, al jefe militar del ejercicio de la acción penal dándose vida a una jurisdicción especializada.

La naturaleza de la misión institucional de las Fuerzas Armadas y las especiales exigencias que para sus miembros derivan de la misma, comporta la necesaria existencia de una normativa propia, que aun en sintonía con el resto del ordenamiento jurídico, cuyos principios fundamentales y valores superiores han de informarla, no deja de constituir un subsistema normativo

de características propias, por requerirse procedimientos más ejemplares que los ordinarios y aplicada por jueces y tribunales también distintos, toda vez que requieren de un conocimiento especializado en la materia militar.

Cuando las Constituciones de los Estados se refieren a la jurisdicción militar, siempre lo hacen señalando que ésta debe limitarse a lo “estrictamente castrense” o limitado “para los delitos y faltas contra la disciplina militar”.²⁰⁸ El problema a resolver consiste en establecer y delimitar claramente, qué es lo estrictamente castrense en la jurisdicción militar. La cuestión se complica, toda vez que será el legislador ordinario, quien determine el alcance de lo estrictamente militar. En efecto, “amparado en la poca claridad del concepto, podría sentirse tentado de calificar de castrense, conductas de dudosa inclusión en dicho ámbito”.²⁰⁹ Tal fue el caso de Perú y Chile, respecto de los delitos contra el honor de las Fuerzas Armadas y Terrorismo, Portación de Armas Reservadas, que a pesar de ser cometidos por civiles, eran de la competencia del fuero militar.

En opinión de Ferrer Mac-Gregor, “una de las características de los países alejados de la democracia, es la concepción teórica y práctica de la jurisdicción militar como una institución pública a prueba de cualquier tipo de control jurídico, que escape de su propia autoridad, lo que ha llegado a implicar, en algunos momentos de la historia, la existencia fáctica de una institución –dentro de la Constitución- exenta de la rendición de cuentas, libre del sistema de división de poderes y ausente de garantías efectivas para la tutela integral de los derechos humanos. En tal escenario la corporación militar termina por ser una institución desconstitucionalizada.”²¹⁰

Esta afirmación, ya no encuentra sustento en el derecho constitucional contemporáneo. Si bien es cierto que por muchos años el sector militar se manejaba como una clase aparte con sus propias instituciones especialmente las relacionadas con la administración de justicia, la tendencia actual, ubica la jurisdicción militar dentro de los parámetros constitucionales. Desde una

²⁰⁸ Como ejemplo, el artículo 117.5 de la Constitución española: “.... La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense”; el artículo 13 de la mexicana: “Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar,....”

²⁰⁹ DOIG DIAZ, Yolanda. Jurisdicción Militar y Estado de Derecho; publicaciones de la Universidad de Alicante, España, 2003, pág. 64.

²¹⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando. Jurisdicción Militar y Derechos Humanos; Editorial Porrúa, México 2011, pág. 1.

perspectiva del deber ser constitucional, suena muy bien esta idea, sin embargo adaptar la realidad del sector militar a los nuevos parámetros normativos, no será tarea sencilla. El reto consiste en diseñar instituciones constitucionales que amalgamen los requerimientos de la justicia militar y la naturaleza y misiones de las Fuerzas Armadas, con los estándares internacionales de derechos humanos.

Existen diversos criterios, objetivos y subjetivos para determinar la naturaleza de lo estrictamente militar, y en consecuencia la competencia del fuero castrense.²¹¹ Dentro de los objetivos consideramos los siguientes:

- a) Los objetivos, fines y misiones que las Constituciones señalen como propios de las Fuerzas Armadas, determinarán lo estrictamente castrense en cada ordenamiento jurídico.
- b) La naturaleza del delito y el bien jurídico tutelado por la norma penal militar, deberán ser estrictamente de naturaleza castrense. Los delitos de función militar que reúnen estas características son propiamente tres: Insubordinación, Deserción y Abuso de Autoridad. Desde luego las variantes de esos delitos con sus agravantes y atenuantes. Respecto a los delitos contra la seguridad del estado, no solamente pueden ser cometidos por militares, por lo que tal calidad podría considerar como una complementación típica con punibilidad autónoma o bien como una agravante.
- c) La expresión estrictamente castrense, es de naturaleza garantista y debe ser interpretada de manera restrictiva, de tal manera que los civiles, en ningún caso y por ningún motivo sean sometidos a la jurisdicción militar.
- d) En todo caso, deberá realizarse una interpretación armónica, respecto de todo el orden constitucional, a efecto de conceptualizar lo estrictamente relacionado con la disciplina militar.
- e) Cuando civiles se encuentren vinculados a la comisión de delitos militares como coautores, partícipes o encubridores, de toda necesidad se surtirá la competencia en favor de los tribunales civiles.
- f) En caso de violación a los derechos humanos de civiles, los tribunales competentes deberán ser los del fuero común, a efecto de tutelar los derechos de las víctimas y ofendidos.

El criterio subjetivo a considerar, se refiere a que lo estrictamente militar, solamente se debe referir a quienes tengan la condición de militares. Este criterio no se considera suficiente para justificar la competencia de los

²¹¹ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional Español 75/1982; 194/1989; 60/1991, 113/1995.

órganos del fuero militar. En efecto, “la jurisdicción militar no queda determinada *ratione personae*, sino exclusivamente en atención, por un lado, a la naturaleza de los hechos y, por otro, a su concreta relación con la esfera de lo castrense, que deriva a su vez, del bien jurídico protegido, de los intereses sobre los que la acción recae, de los fines mismos que a las Fuerzas Armadas atribuye la Constitución, pero nunca exclusivamente, de la condición del sujeto activo.”²¹² Coincido con lo expresado por Doig Díaz²¹³, en el sentido de que el ámbito estrictamente castrense, lo determinan en lo fundamental, criterios objetivos únicamente.

Para corroborar la afirmación anterior, en la práctica se pueden presentar delitos cometidos por militares en ejercicio de sus funciones, pero que no deben ser considerados solamente por esto como de naturaleza estrictamente castrense. En efecto, un militar que recibe una boleta de arresto y la altera para disminuir la duración de la sanción, de 10 días a uno, borrando el guarismo 0, sin duda comete el delito de Falsificación de Documento Público. Pero éste no es de naturaleza eminentemente castrense, toda vez que cualquier persona que no sea militar puede incurrir en este mismo hecho delictuoso. Es evidente que el criterio subjetivo es insuficiente para establecer el ámbito de lo estrictamente castrense y determinar con ello la competencia de la jurisdicción militar. En este caso aunque se trate de un militar y haya cometido esta falta en sus tiempo de servicio, el juzgamiento de esta conducta ilícita corresponde a las autoridades civiles.

La función primordial de los tribunales consiste en resolver, definitivamente y mediante la aplicación del Derecho, los conflictos que ante ellos se plantean. El presupuesto material de la jurisdicción lo constituye, pues, el conflicto, el cual, atendiendo a su naturaleza, debe ser de naturaleza eminentemente militar. Debe vulnerar bienes jurídicamente tutelados y relevantes para la corporación armada tales como la disciplina, el espíritu de cuerpo, la eficacia en el cumplimiento de sus misiones y autonomía operativa bajo control civil.

En el marco de un Estado de Derecho, el concepto de jurisdicción se construye, por jueces y magistrados, independientes, responsables, inamovibles y sometidos a las ley, a quienes la soberanía nacional les concede en exclusiva la potestad jurisdiccional para resolver los asuntos con desinterés objetivo y en consecuencia, expresamente les ha legitimado para la resolución

²¹² DOIG DIAZ, Yolanda. Jurisdicción Militar y Estado de Derecho; publicaciones de la Universidad de Alicante, España, 2003, pág. 66.

²¹³ Ibid. pág. 66.

jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico.²¹⁴

Juan Rial afirma que “La Justicia Militar se basa en la existencia de uno o más Códigos que contienen normas administrativas, disciplinarias, penales y procesales, aplicables al conjunto de las Fuerzas Armadas (...) y en la existencia de un cuerpo especializado de jueces y auxiliares que lo ponen en práctica”²¹⁵

Considero conveniente resaltar respecto de la cita anterior que no es adecuado que se utilice un criterio de “toponimia legislativa” para establecer el ámbito de lo estrictamente castrense. En efecto, es incorrecto considerar un hecho ilícito estrictamente de naturaleza militar, por el solo hecho de que se tipifique en un Código de Justicia Militar. Es más el Código de Justicia Militar mexicano incorpora delitos que no son de naturaleza estrictamente castrense, como la falsificación de documentos o el uso de los mismos a sabiendas de que lo son, mencionado en el ejemplo de párrafos anteriores.

5. Distinción entre la Jurisdicción Disciplinaria y Penal en Materia Militar

El marco jurídico al que están sujetas las Fuerzas Armadas, es de naturaleza especial debido a la misión particular que toda Constitución les atribuye, consistente en la seguridad interior y exterior, así como la defensa nacional. También es una institución de última instancia en la defensa de la existencia misma del Estado, por lo que su actuar debe ser oportuno, eficiente, efectivo y suficiente. Para el logro de este fin, el derecho castrense debe tutelar diversos bienes jurídicos tales como la disciplina, la obediencia jerárquica, el servicio militar, el respeto a los derechos humanos de la población civil, la eficacia y eficiencia en su actuar, la preservación de los recursos que se les confían para su misión, entre otros.

²¹⁴ DOIG DIAZ, Y

olanda. Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003, pág. 62.

²¹⁵ RIAL, Juan. Tendencias de la Justicia militar en América Latina. En: DONADIO, Marcela y TIBILETTI, Paz (directoras). Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina: edición 2007. RESDAL/SER en el 2000. Buenos Aires, 2007. p. 43.

El abogado naval Sastré Villacorta, define al Derecho Militar, como “el conjunto de disposiciones legales, reglamentarias y órdenes militares que regulan la organización, funciones, control y sostenimiento de los institutos armados para el cumplimiento de sus fines, en orden a la seguridad, defensa y servicio del Estado”. Continúa el citado autor mencionando que “el derecho militar es un derecho permanente no accidental ni creado para cubrir contingencias o ambiciones particulares; no pertenece a ninguna otra rama de derecho superior, por emanar de la Constitución ni tampoco significa un derecho de clase auspiciador de privilegios especiales. Es un derecho peculiar que obedece a su propia naturaleza y a la necesidad de existencia de un organismo de seguridad nacional por excelencia, independiente de otros derechos puesto que tiene fundamentos de razón y vida propios, que impiden se le pueda conceptuar como rama de algún otro derecho nacional. El derecho militar mantiene autonomía absoluta en relación a cualquier otro derecho o rama del derecho, incluso del derecho de seguridad social o los derechos humanos hoy en boga.”²¹⁶

Para estar en posibilidad de cumplir oportuna y eficientemente su misión, se prohíbe a los militares separarse de su unidad sin permiso de sus superiores en cualquier tiempo ya sea de paz o guerra; la de no poder hacer publicaciones sin la previa aprobación del texto por el mando; la de dedicarse a la política mientras se esté en servicio activo; la de usar forzosamente el uniforme; la de no entrar a cantinas ni centros de vicio estando uniformado; la de no transitar en el interior de la República sin pasaporte militar; la de firmar contratos de enganche (trabajo) que tengan aparejada la posible pérdida de la vida; la de jurar ante la bandera defender la patria hasta perder la vida; en tanto, a los civiles no se les aplica ninguna de esas restricciones, y si lo desean, pueden dejar el trabajo aun estando desempeñándolo, cobrando indemnizaciones por ello, mientras que el militar que deja el servicio, pierde la libertad.

“La disciplina da a las instituciones militares la fuerza de su ser y permanencia; es el orden del que depende toda su utilidad; aquella es consustancial. Es indiscutible que las normas comunes administrativas, penales o civiles, son insuficientes para salvaguardar los intereses confiados a los institutos armados; siendo imprescindible elaborar leyes adecuadas para las Fuerzas Armadas, razones refuerzan la sustantividad del Derecho militar que trae aparejada la autonomía de la jurisdicción castrense, consecuencia de la necesidad de dotarlos de un fuero tutelador de los principios vitales a que están llamados a responder. Los Cuerpos de Justicia realizan una función esencialmente jurídica de

²¹⁶ SASTRÉ VILLACORTA, Carlos. El Derecho Disciplinario Militar, Editorial Sista, pág. 21.

asesoramiento a los Mandos, resuelva los problemas jurídicos que aquéllos le plantean y se encarga de vigilar el cumplimiento por parte de los que ostentan un grado militar en ejercicio de la función jurisdiccional militar disciplinaria que les concede el fuero de guerra, son la defensa del orden jurídico constituido en la ley militar que ampara, reintegra y vindica el derecho vulnerado; lo que supone la existencia de un delito o faltas a la disciplina, o bien, una controversia del orden administrativo militar, con lo que se restablece la legalidad imponiendo la sanción correspondiente. Es decir, que habrá ocasiones en que una sola persona detente un mando militar (comandante de unidad), y a su vez ejerza el mando administrativo militar de la misma (mantenimiento, conservación, trámite burocrático, etc.), teniendo además la función jurisdiccional penal en su posible carácter de integrante de los Consejos de Guerra o Presidente de los Consejos de Honor.”²¹⁷

Lo anterior nos lleva a la necesaria distinción que debe hacerse entre la jurisdicción militar disciplinaria y la penal. “En general se acepta que la primera sea ejercida por las propias Fuerzas Armadas, conforme con el principio de que quien manda es quien debe controlar el cumplimiento de lo ordenado e imponer las sanciones correspondientes”.²¹⁸ La jurisdicción disciplinaria no implica el ejercicio de la función judicial, por lo que no hay en principio impedimento para que la asuma el mando militar, siempre naturalmente que se preserven las garantías constitucionales de los afectados, desde luego sin afectar las necesidades del servicio, difícil balance entre ambos aspectos.

Distinta es la situación de la jurisdicción penal militar, la que obviamente es una función de naturaleza judicial. Por otra parte, en el caso de los delitos militares, a diferencia de las faltas disciplinarias, lo que se afecta son auténticos bienes jurídicos vitales, de carácter universal, cuya conservación interesa a toda la sociedad, y no sólo valores e intereses corporativos e institucionales que atañen directamente sólo a las instituciones armadas, como ocurre con las infracciones puramente disciplinarias. Problema diferente es el de determinar conforme a qué criterios debe trazarse el límite conceptual y dogmático entre ambas clases de jurisdicciones militares, especialmente en los casos en que los bienes jurídicos afectados tanto por las

²¹⁷ SASTRÉ VILLACORTA. Op. cit pág. 21

²¹⁸ Cfr. MERA FIGUEROA, “Razones Justificadoras y ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile 1998 27.

faltas disciplinarias como por los delitos militares parecen ser los mismos: disciplina, obediencia, servicio militar, entre otros.

Se trata de dos ramas diferentes. El Derecho Disciplinario, se vincula al Derecho Administrativo, sus normas las aplican los superiores jerárquicos, bajo el principio de justicia de mando, sus normas y sanciones son de aplicación y ejecución inmediata y tiene por objeto preservar la disciplina y el funcionamiento adecuado, oportuno y eficiente de las Fuerzas Armadas. Es frecuente que en las diversas legislaciones militares, el órgano que conozca en última instancia en materia disciplinaria sean los Consejos de Honor o Tribunales de Honor, que tienen la misión de juzgar a los integrantes de los cuerpos de oficiales, mediante un proceso basado en el “deber ser” militar. Según el diagnóstico realizado por RESDAL, sólo mantienen su existencia en algunos países de la región latinoamericana.²¹⁹

Por otro lado el derecho penal militar, se vincula al Derecho Penal, sus normas las aplican los tribunales castrenses y tiene por objeto preservar los bienes jurídicos necesarios para el logro de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, consistente en la seguridad interior y exterior del país y su soberanía nacional. Las sanciones se imponen respetando la garantía del debido proceso legal, respetando las formalidades esenciales del proceso penal y los derechos fundamentales que la Constitución otorga a todo inculcado y procesado.

En opinión de Mera Figueroa, “parece razonable admitir la necesidad de la protección penal para algunas de las más graves infracciones a los valores de la disciplina, jerarquía, obediencia y servicio militar -siempre, por cierto-, que ellas afecten significativamente la función esencial de las Fuerzas Armadas, referida a la preservación de la seguridad exterior tipificando, en consecuencia, como delitos las violaciones más relevantes de los deberes militares que comprometan dicho cometido de la organización militar”.²²⁰

El tema de la distinción entre el Derecho Disciplinario y el Penal Militar, es complicado, toda vez que debemos distinguir de manera sustantiva

²¹⁹ Cfr. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”; INFORME FINAL Coordinadores: Gustavo Fabián Castro y Dolores Bermeo Lara, p.13; citando a RIAL, Juan. Tendencias de la Justicia militar en América Latina. En: DONADIO, Marcela y TIBILETTI, Paz (directoras). Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina: edición 2007. RESDAL/SER en el 2000. Buenos Aires, 2007. P. 43

²²⁰ MERA FIGUEROA, op cit, pág. 32.

las faltas disciplinarias de los auténticos delitos castrenses. En efecto, la infracción de los deberes militares aludidos no agota el contenido del injusto, sino que sólo lo integra, comportándose dicha infracción como el vehículo para la afectación de otro bien jurídico de mayor alcance, referido a la función esencial de las Fuerzas Armadas, como instituto armado encargado de la protección de la seguridad interior y exterior del Estado.²²¹

Las faltas disciplinarias militares no constituyen conductas penalmente sancionables en tanto no implican transgresiones a valores generales de la sociedad. Solamente afectan principios de organización y funcionamiento de un sector particular del Estado como lo son las Fuerzas Armadas.

En el proyecto de investigación Myrna Mack, “el primer aspecto a tratar al abordar la problemática del derecho penal militar es trazar sus diferencias con el derecho disciplinario militar, ya que tradicionalmente se han comprendido como distintas manifestaciones de una misma esencia lo que ha dado lugar a la tesis del "disciplinarismo". Esta tesis sostiene que la jurisdicción represiva militar es toda disciplinaria porque representa una función del mando militar. El poder para mandar lleva implícito el poder necesario para hacerse obedecer, es decir para emplear los medios apropiados para conseguir esa finalidad. Por ello es que el poder jurisdiccional disciplinario es inherente al poder de mando, o lo que es lo mismo que la justicia militar es una función de mando.”²²²

Jiménez Villarejo señala que "la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional- y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda- era un dato fácilmente aprehensible para cualquiera que se adentrara en la organización jurídico militar diseñada en el viejo Código de Justicia Militar".²²³

²²¹ MERA FIGUEROA, op. cit. pág. 34 Se refiere al llamado fraude de etiquetas (esto es, que el sistema jurídico presente como faltas disciplinarias lo que en verdad constituye un delito militar), que reviste interés tanto para las garantías penales sustantivas, como para las procesales que integran el debido proceso en el caso de acusaciones de carácter criminal, las que deben respetarse aun cuando estas últimas sean presentadas como infracciones disciplinarias.

²²² Investigación realizada por la Fundación Myrna Mack pág. 21. RISSO DOMÍNGUEZ, citado por ZAFFARONI. en Eugenio Raúl ZAFFARONI y Ricardo Juan CAVALLERO. Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General. Ediciones Jurídicas Ariel. Buenos Aires, 1980. Pág. 5

²²³ JIMÉNEZ VILLAREJO, José. Potestad Disciplinaria y Potestad Jurisdiccional. Madrid, Editorial Colex, 1991. Pág. 8.

En el proyecto de investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”; elaborado por la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), se concluye que *“la normativa vigente al respecto es confusa; la diferencia entre actos jurisdiccionales y disciplinarios militares no es clara; los conceptos de delito militar y falta disciplinaria tienden a confundirse. De los casos estudiados encontramos que se tipifican como delitos acciones que son de carácter disciplinario y en algunas se confunden los conceptos, de aquí la opinión de separar el derecho penal militar del derecho disciplinario. Esta confusión se debe al criterio equivocado de que el Derecho Disciplinario y Penal Militar son lo mismo, por tanto la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal.”*²²⁴

Es frecuente que las sanciones disciplinarias impliquen arrestos y privaciones de la libertad, incluso en algunas legislaciones como la mexicana, pena de prisión hasta por quince días. Para confrontar la afirmación de los investigadores de RESDAL, en el sentido de que pueden coexistir las sanciones disciplinarias y las penales en materia militar, resulta indispensable distinguir la naturaleza jurídica de cada una y determinar sus características específicas, a efecto de evitar la violación de derechos humanos, al sancionar doblemente una misma conducta ilícita. Se debe precisar cuidadosamente para distinguirlos, los ilícitos de naturaleza disciplinaria de aquéllos de carácter penal.

Existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley, una variante de la tipicidad, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones. Pero de lo anterior no puede concluirse que se trata de los mismos procedimientos. En efecto, los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función

²²⁴ Cfr. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”; INFORME FINAL Coordinadores: Gustavo Fabián Castro y Dolores Bermeo Lara, p.13; citando a RIAL, Juan. Tendencias de la Justicia militar en América Latina. En: DONADIO, Marcela y TIBILETTI, Paz (directoras). Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina: edición 2007. RESDAL/SER en el 2000. Buenos Aires, 2007. P. 45

pública militar. Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamadas de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

Es importante por ello, que las normas penales militares y disciplinarias estén claramente distinguidas en los instrumentos legales, separando los actos considerados como faltas a la disciplina y delitos penales militares, a fin de aplicar correctamente las sanciones que correspondan.

Para determinar cuál es el ámbito propio de los ordenamientos disciplinarios y los penales, se han utilizado criterios cualitativos, cuantitativos y orgánicos. Los primeros se refieren al bien jurídico tutelado. Los cuantitativos se basan en cuestiones tales como la severidad de la pena. Los orgánicos hacen la distinción en función del órgano sancionador y ejecutor. En opinión de Higuera, también debe considerarse el principio teleológico de las sanciones disciplinarias, toda vez que se trata de “sanciones cuya misión es la autorregulación u ordenación de la estructura institucional administrativa”.²²⁵ Coincido con la inclusión de este principio, ya que se trata de una herramienta del mando para establecer a priori el nivel de expectativa del militar en su actuación general.

Con base en el criterio cualitativo, el derecho penal militar protege bienes jurídicos militares. El disciplinario militar está dirigido a mantener la organización y disciplina de las Fuerzas Armadas, la simple gobernabilidad de la sociedad castrense.

Los criterios cuantitativos consideran la naturaleza, duración, efectos y modalidades de ejecución del correctivo disciplinario para distinguirlo de una pena o medida de seguridad de orden criminal. Adicionalmente se considera que en materia disciplinaria la imposición de la sanción y su ejecución deben ser rápidas, sin dilaciones, ejemplares. Es tan breve este proceso que coloquialmente se comenta entre militares que los arrestos primero se cumplen y luego se aclaran, es decir, no han tiempo de controvertirlas o recurrirlas.

²²⁵ HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: Curso de Derecho penal militar español. Bosch, 1990, págs. 25 ss.; NÚÑEZ BARBERO, R.: “Derecho penal militar y Derecho penal común”. ADPCP, 1971-III, pág. 36.

En tanto bajo este criterio las sanciones penales se imponen mediante un procedimiento jurisdiccional en el que se siguen las formalidades esenciales del procedimiento lo que de suyo implica una mayor dilación. Solamente serán ejecutadas las sanciones penales una vez que cause estado la sentencia que las impuso.

Existe jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este sentido. "La cuestión de cuándo una sanción disciplinaria debe ser entendida como acusación en materia penal cubierta inexcusablemente por la garantía jurisdiccional ha de ser resuelta, con tres criterios fundamentales: el meramente indicativo de la definición técnico-jurídica de la infracción en la legislación de cada Estado; el de la propia naturaleza de la infracción y el con toda seguridad más decisivo- el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado, ya que en una sociedad sujeta a la preeminencia del Derecho, son de materia penal las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución, no son susceptibles de causar un perjuicio importante. "Este tribunal, considera que son privaciones de libertad que causan un perjuicio importante aquellas impuestas durante el servicio militar siempre que "se concreten en restricciones que se apartan netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las fuerzas armadas de los Estados contratantes". Por el contrario, si es una privación de libertad que no aparta al individuo del normal desempeño de sus funciones, un arresto en el que se le impide salir del cuartel pero continúa desarrollando sus tareas, ésta no constituye una privación importante de libertad. Además de este criterio, el tribunal estima que se deben tomar en cuenta "un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida."²²⁶

Por cuanto al criterio orgánico, los correctivos disciplinarios son impuestos por el superior jerárquico en la escala de mando. En este caso quien manda determina la procedencia de un correctivo disciplinario, lo impone y ejecuta. Por su parte las sanciones penales deben ser impuestas y ejecutadas por tribunales de justicia. No pueden ser impuestas por quien ejerce el mando militar, toda vez que implican penas privativas de libertad o sanciones económicas como multas, que constitucionalmente sólo pueden imponerse por órganos jurisdiccionales.

Rojas Caro señala como diferencia, que en el ilícito penal existe lesión o puesta en peligro del bien jurídico y en la falta disciplinaria administrativa

²²⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de junio de 1976. Caso Engel y otros.

únicamente puesta en peligro.²²⁷ Por último, también se ha indicado que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y el injusto administrativo únicamente intereses administrativos.

La Red de Seguridad y Defensa de América Latina, establece que el sistema de justicia militar distingue dos subsistemas, el disciplinario militar y el penal militar. Mientras el subsistema disciplinario militar se encarga de regular el comportamiento cotidiano de los integrantes de las Fuerzas Armadas sancionando las infracciones o faltas disciplinarias, el penal militar se encarga de establecer y sancionar actos considerados delitos propios de la función militar, en tanto afectan bienes jurídicos militares como la propia institución castrense. De manera conjunta, ambos contribuyen a fortalecer el mantenimiento del orden y la disciplina de los miembros de las instituciones armadas.²²⁸

El análisis de los referidos subsistemas se hará con base en los siguientes tópicos:

1. Determinar el concepto de falta disciplinaria y delito en al ámbito estrictamente castrense;
2. Fijar los principios específicos que deben orientar a los subsistemas disciplinario y penal respectivamente;
3. Establecer las normas que deben regularlos respectivamente;
4. Determinar los sujetos sobre los cuáles se aplica la norma;
5. Considerar la estructura administrativa que aplica la norma, ya sea disciplinaria o penal;

Abordaré en un epígrafe separado el derecho disciplinario y el penal castrenses. Cada uno de ellos tiene principios propios y diferenciados que obligan a un análisis sistemático y detallado de los mismos. Entender sus diferencias permitirá construir una configuración constitucional adecuada para la justicia militar y sus órganos jurisdiccionales.

²²⁷ Cfr. ROJAS CARO, José. Derecho Disciplinario Militar. Madrid, Editorial Tecnos, 1990. Pág. 31.

²²⁸ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de disciplinarismo Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 34.

D. DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

En todo ambiente institucional cerrado se manifiestan debilidades y se producen excesos. Por eso se requiere de regulaciones disciplinarias para tratar de encauzar, manejar y resolver los problemas emergentes. La vida cotidiana en las corporaciones militares sin duda presenta las dificultades apuntadas. Por tratarse de instituciones jerarquizadas, quienes están en las escalas superiores de mando, interpretan las normas disciplinarias y las imponen con bastante margen discrecional.²²⁹

Establecer las particularidades jurídicas del derecho disciplinario militar no es una mera reflexión dogmática. En la práctica, se presentan problemas concretos que ameritan puntualizar los principios que lo rigen y su configuración constitucional y legal. Para ello se requiere un marco teórico que resuelva cuestiones tales como: ¿es necesaria la existencia de un derecho disciplinario?; ¿cuál es el límite del campo disciplinario, respecto del derecho penal militar?; ¿cuáles son las conductas sancionables por vía disciplinaria y cuáles constituyen delitos de naturaleza militar?; ¿cuál es el criterio para distinguir unas de otras?; ¿qué tipo de sanciones se pueden imponer en vía disciplinaria?; ¿cuáles son los principios que orientan las sanciones de naturaleza disciplinaria?; ¿quiénes son sujetos de sanción por faltas disciplinarias?; en principio recaen sobre los militares en servicio activo, pero ¿pueden serlo también los civiles asimilados o en actividades estratégicas de seguridad o defensa nacional?; ¿pueden coexistir las sanciones disciplinarias con las de naturaleza penal?; ¿aplica a estos casos el principio “*non bis in idem*”?; y finalmente, ¿pueden controvertirse por vía jurisdiccional las sanciones disciplinarias o corresponde únicamente al mando militar imponerlas, graduarlas y revisarlas?

El marco jurídico al que están sujetas las Fuerzas Armadas, es de naturaleza sui generis debido a la misión particular que toda Constitución les atribuye, consistente en la seguridad interior y exterior, así como la defensa nacional. También es una institución de última instancia en la defensa de la existencia misma del Estado, por lo que su actuar debe ser oportuno, eficiente, efectivo y suficiente. Para el logro de este fin, el derecho castrense debe tutelar diversos bienes jurídicos tales como la disciplina, la obediencia jerárquica, el servicio militar, el respeto a los derechos humanos de la población civil, la eficacia y eficiencia en su actuar, la preservación de los recursos que se les confían para su misión, entre otros.

²²⁹ Cfr. RIAL, Juan, “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 14.

Calderón Madrigal señala que la, “organización militar digna de así ser reconocida sustentaba su funcionamiento como instrumento defensor de un grupo social o de un estado en tres principios fundamentales: el reconocimiento y salvaguarda de la autoridad del jefe, la obligación de obedecer las órdenes o mandatos de ese jefe por parte de los subordinados y la sanción de los comportamientos contrarios a esa autoridad.”²³⁰ Destaca este autor, la necesidad de que los integrantes de las Fuerzas Armadas sean obedientes al mando y sus faltas sean sancionadas. La disciplina se observa como un eje rector de la actuación de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, se debe delimitar el ámbito objetivo de aplicación de las sanciones disciplinarias, respecto del propio del derecho penal militar.

Las importantes actividades asignadas a las Fuerzas Armadas son las que justifican la necesidad de sancionar de manera inmediata las faltas disciplinarias que obstaculicen el cumplimiento eficiente de las misiones militares.

El derecho disciplinario militar tutela valores considerados de importancia para las corporaciones armadas. Mantener el espíritu de cuerpo, la disposición plena para el servicio, sin reticencias ni murmuraciones, el adiestramiento permanente bajo un esquema de rigor disciplinario, en suma aspectos que atienden al comportamiento cotidiano de los miembros de las Fuerzas Armadas. Se ha creado con el objeto de resguardar la severa disciplina en las Fuerzas Armadas, que resulta indispensable al mantenimiento del orden, cohesión y eficacia. Este tiene como propósito individualizar las faltas de disciplina y sus correspondientes sanciones, fundado esencialmente en el deber de obediencia.

1. Conceptos de Disciplina, Sanción y Correctivo Disciplinarios

Lo primero será establecer un concepto de disciplina militar. Comencemos por lo básico, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define disciplina, como “*observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto, especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular.*” Señala además que la disciplina eclesiástica es el “*conjunto de las disposiciones morales y canónicas de la Iglesia.*”²³¹

²³⁰ CALDERÓN MADRIGAL, Salvador, Derecho Penal y Disciplinario Militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006, pág. 34

²³¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, <http://lema.rae.es/drae/>.

Algunos países incorporan el concepto de disciplina militar, a su legislación. Tal es el caso de Brasil, que establece que: “La disciplina militar es la rigurosa observancia y acatamiento integral de las normas, leyes, reglamentos y disposiciones, traduciéndose en el perfecto cumplimiento del deber por parte de todos y cada uno de los componentes del organismo militar.”²³²

El derecho militar de Colombia dispone: “La disciplina, es la condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.”²³³

En Chile, la disciplina es, “una ordenación de deberes que tiende a un fin común, llevada a la práctica bajo la dirección de una autoridad preestablecida, que es responsable de sus determinaciones y que debe ser respetada por el conjunto. La disciplina puede ser interior o individual, cuando afecta a una sola persona, o colectiva, cuando se relaciona con la manera de actuar o de vivir de un grupo de individuos.”²³⁴

La Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas del Perú dispone que “la disciplina es condición esencial para la existencia de toda Institución Militar. Permite al Superior exigir y obtener del subalterno, bajo cualquier circunstancia, la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los deberes militares. Se articula en razón del mandato y la obediencia y debe realizarse dentro de las atribuciones del Superior y las obligaciones y deberes del Subalterno. Su finalidad es posibilitar el cumplimiento de la misión, objetivos o tareas trazadas en las Instituciones Armadas. Los medios para encauzar la disciplina son preventivos y sancionadores. Los medios preventivos se utilizan para conservar mantener y vigorizar la disciplina. Se ejecutan mediante evaluaciones, difusión de deberes, obligaciones y otorgamiento de estímulos. Estos son dispuestos por cada Superior Jerárquico en función de la Conducta del Subordinado. Los

²³² Reglamento de Disciplina del Ejército de Brasil, artículo 8.

²³³ Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia, artículo 16.

²³⁴ Reglamento de Disciplina de la Armada de Chile, artículo 101.

Medios sancionadores se aplican en caso de quebrantamiento de la disciplina militar.”²³⁵

En la legislación uruguaya, “la Disciplina, es la relación entre el derecho de mandar y el deber de obedecer, base del orden constructivo, que da a la Fuerza Aérea la cohesión imprescindible para el cumplimiento eficaz de su Misión. Tiene como piedras angulares la razón del fin y la justicia del procedimiento. Armoniza las voluntades con un fin común solidario, siendo por esa circunstancia la cualidad fundamental del Instituto Armado. Imprime a la voluntad de todos, la voluntad del que manda. Se evidencia por la subordinación grado a grado, por el respeto y la obediencia debida sin dilaciones a la orden del superior y por la voluntad tenaz y abnegada de alcanzar la finalidad ordenada.”²³⁶

En México, “la disciplina en el Ejército y Fuerza Aérea es la norma a que los militares deben ajustar su conducta; tiene como bases la obediencia, y un alto concepto del honor, de la justicia y la moral, y por objeto, el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las leyes y reglamentos militar. Deber de obediencia que lo capacita al mando.”²³⁷

Italia define la disciplina como “la observancia consciente de las normas atinentes al estado del militar con relación a los encargos constitucionales de las Fuerzas Armadas y a las exigencias que de ella derivan. Es regla fundamental de los ciudadanos en armas en cuanto constituyen el principal factor de cohesión y eficacia.”²³⁸

Las legislaciones consultadas, consideran a la disciplina como esencial para toda institución militar. Como elementos comunes en la normativa analizada, encontramos que la disciplina implica:

- a) El fiel y exacto cumplimiento de los deberes militares;
- b) Obligación de obedecer los deberes militares previamente establecidos en normas regulatorias de la función militar (leyes,

²³⁵ Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas del Perú, artículo 2.

²³⁶ Reglamento de Disciplina Militar de la Fuerza Aérea del Uruguay, artículo 7.

²³⁷ Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, artículo 3; y Ley de Disciplina para el personal de la Armada de México, artículo 3.

²³⁸ Artículo 2º del Reglamento de disciplina militar del 18 de julio de 1986.

- reglamentos, ordenanzas), sin dilaciones, con voluntad tenaz y abnegada de alcanzar la finalidad ordenada;
- c) Derecho de mandar de los superiores jerárquicos, limitado a las atribuciones conferidas en la normativa militar, sin abusar de su autoridad, expresando con claridad y precisión el objetivo de lo ordenado;
 - d) El honor, la moral y los valores militares orientan y acotan la obligación de obedecer y el derecho de mandar, esencia de la disciplina.

Los reglamentos de disciplina, tienen como objetivo preservar la obediencia y disciplina de los miembros de las Fuerzas Armadas, por lo que se impone sanciones por acciones omisiones de carácter militar o administrativas de conductas que no constituyen delito, en la mayoría de los instrumentos de disciplina se dividen las faltas leves, graves, gravísimas, dando el carácter de tales por los hechos cometidos.

La esencia de la disciplina militar, pretende la colaboración espontánea en la disciplina colectiva, basada en el sentimiento del deber y no en la esperanza de recompensas ni en el temor a los castigos. Sanciona actos catalogados como infracciones o faltas a la disciplina militar. Una falta disciplinaria, es toda acción u omisión, cometida intencionalmente o por negligencia por el personal militar que afecte el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las leyes y reglamentos militar.²³⁹ La disciplina exige respeto y consideraciones mutuas entre el superior y el subalterno, se trata de un camino de doble vía. El mando no se ejerce con arbitrariedad y la obediencia no se cumple con disimulo.

A toda falta disciplinaria corresponderá un correctivo de la misma naturaleza. Correctivo disciplinario es la medida coercitiva que se impone a todo militar, por haber infringido las leyes o reglamentos militares, siempre y cuando no constituyan un delito. Para individualizar un correctivo disciplinario, se fijará la severidad del castigo, teniendo en consideración la jerarquía de quien lo impuso, la falta cometida y los antecedentes del subalterno.

2. *Principios Orientadores del Régimen Disciplinario Militar: adecuación, proporcionalidad, inmediatez, ejemplaridad, respeto a la*

²³⁹ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 35.

escala de mando, taxatividad, mínima entidad sancionadora, definitividad, responsabilidad del mando

Establecido el concepto de falta disciplinaria y el de correctivo, propondremos algunos principios específicos que deben orientar al subsistema disciplinario militar, a efecto de establecer un esquema de seguridad jurídica, aunque sea de mínima entidad, en favor de los militares. Para evitar excesos en las sanciones previstas en el derecho disciplinario militar, se deben respetar ciertos principios tales como los de adecuación, proporcionalidad, de intervención mínima, señalados por diversos autores.²⁴⁰ El magistrado de la Quinta Sala (militar) del Tribunal Supremo de España, Ángel Juanes Peces acepta la necesidad de dos de los principios mencionados, al señalar que “la disciplina es un valor fundamental en el ejército y como tal lo protegen las leyes, pues sin disciplina no pueden existir los mismos; pero a la hora de exigir responsabilidades para tales desobediencias también han de tenerse en cuenta otros valores que están en la esencia del Derecho penal y de la Constitución, como son el **principio de intervención mínima** y el **de proporcionalidad**”.²⁴¹

Por mi parte propongo ampliar el catálogo de los principios rectores del régimen disciplinario castrense con los siguientes principios: **adecuación, proporcionalidad, inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando, taxatividad, mínima entidad sancionadora, definitividad, responsabilidad del mando**. Abordaremos el alcance de cada uno de ellos.

El **principio de adecuación**, implica que las sanciones disciplinarias, deben guardar proporción con los fines buscados, en este caso, la salvaguarda de la disciplina y el mantenimiento de la escala de mando. La sanción disciplinaria en este caso debe ser reparatoria de la disciplina afectada, ejemplificativa para el resto de la corporación y finalmente disuasiva para el propio infractor, a efecto de desmotivar la reincidencia. Este principio de adecuación, busca también favorecer el encuadramiento de las personas en el estilo de vida militar y en el menor tiempo posible, fomentar la conducta esperada de todo militar. La impuntualidad, desaliño personal, reticencia en el cumplimiento de una orden superior, falta de dedicación en el cumplimiento

²⁴⁰ Son coincidentes en reconocer los principios mencionados Francisco Javier de León Villalba, Salvador Calderón Madrigal, Agustín Corrales Elizondo y José Luis Calvo Cabello. Cfr. Derecho Penal y Disciplinario Militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006.

²⁴¹ Cfr. voto particular realizado a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988,

de sus deberes, por mencionar algunas, son actitudes que no deben ser permitidas a los militares; pueden ser desalentadas mediante la imposición de correctivos disciplinarios.

El **principio de proporcionalidad** implica la “presencia de criterios graduadores de la sanción y limitación a la actuación discrecional de la administración militar.”²⁴² En opinión de León Villalba, se debe establecer en ley, un “*mandato de proporcionalidad o prohibición de exceso de las sanciones a imponer, estableciendo los criterios que habrán de ser tomados en consideración a la hora de individualizar la pena y que permiten igualmente considerar la existencia de una motivación fundada tanto en las sentencias como en las decisiones disciplinarias.*”²⁴³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴⁴, ha establecido limitaciones a esa acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal militar. Es frecuente que las sanciones disciplinarias impliquen arrestos y privación de la libertad, incluso en algunas legislaciones como la mexicana, pena de prisión hasta por quince días. Para confrontar la afirmación de los investigadores de RESDAL en el sentido de que pueden coexistir las sanciones disciplinarias y las penales en materia militar, resulta indispensable distinguir la naturaleza jurídica de cada una y determinar sus características específicas, a efecto de evitar la violación de derechos humanos, al sancionar doblemente una misma conducta ilícita. Se debe precisar cuidadosamente para distinguirlos, los ilícitos de naturaleza disciplinaria de aquéllos de carácter penal.

El principio de **inmediatez**, se refiere al ejercicio del mando militar. Quien sabe obedecer aprende a mandar, es la base de la disciplina castrense. “Las órdenes deben ser cumplidas con exactitud e inteligencia, sin demoras ni murmuraciones. Quien las recibe, sólo podrá pedir le sean aclaradas, cuando le parezcan confusas, o que se le den por escrito cuando por su índole así lo

²⁴² Cfr. Martínez Mico, J.G.: “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinaria penales”. Revista española de Derecho militar, n° 74, 1999, págs. 55 ss.

²⁴³ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Derecho Penal y Disciplinario Militar. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006, pág. 21.

²⁴⁴ Sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros), interpretando el art. 6° de Convención Europea de Derechos Humanos. al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y agravados) y aquellos que implican una privación de libertad (arrestos estrictos) y establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el art. 6° del Convenio europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos 10.

ameriten. Se **abstendrá de emitir cualquier opinión**, salvo el caso de hacer aclaraciones respetuosas. Para no entorpecer la iniciativa del inferior, las órdenes sólo expresarán, generalmente, el objeto por alcanzar, sin entrar en detalles de ejecución.”²⁴⁵ Las órdenes se cumplen no se discuten; es la esencia de este principio. La efectividad en la conducción de las misiones militares y su eficiente cumplimiento obligan al mando a ser claro, preciso y conciso en sus órdenes. El subordinado debe cumplir inmediatamente. En caso de que por negligencia o bien dolosamente no se cumplan las órdenes, la sanción deberá imponerse inmediato. Las justificaciones ante el incumplido resultan impertinentes y las aclaraciones posteriores innecesarias. Este principio presupone una excepción a la garantía de apercibimiento previo y a la de audiencia para imponer una sanción de naturaleza administrativa como lo es la disciplinaria. Sin embargo las exigencias de las operaciones militares justifican sobradamente este proceder y con ello se corrobora la necesidad de un principio de esta naturaleza.

La **ejemplaridad**, se vincula al espíritu de cuerpo que debe imperar en todo conglomerado militar. Dado el corporativismo propio de las organizaciones castrenses, las sanciones disciplinarias no solamente corrigen al incumplido, sino que sirven de ejemplo para todos los compañeros. La conducta de quien manda debe ser ejemplar y los correctivos disciplinarios deben ser impuestos con justeza y oportunidad, para evitar el decaimiento de la moral y del espíritu militar. Lo relevante es dominio compartido en el ejercicio de las misiones, de tal manera que existe un reparto funcional donde cada soldado debe cumplir un aspecto particular de la misma. En caso de que uno falle, la unidad a la que pertenecen fracasará. El individuo deja de ser importante como tal pero sus aciertos o fracasos deben ser ya sea recompensados o sancionados. En ambos casos deben servir de ejemplo a sus compañeros de armas. Finalmente este principio establece que todo arresto debe ser cumplido y no debe quebrantarse, pues afectaría el objetivo ejemplificador de todo correctivo disciplinario.

El **respeto a la escala de mando**, a la jerarquía militar, es la esencia de una organización militar. Una partida militar sin mando se convierte en un peligro para los mismos militares y para la sociedad. Los soldados enfrentan la posibilidad de la muerte en combate. Ello es lo que obliga a la rapidez en las decisiones y a la consecuente ejecución de órdenes. La obediencia al mando sin ninguna duda es esencial en las operaciones militares. Se necesita crear una relación de confianza entre los integrantes de la fuerza, y

²⁴⁵ Cfr. Artículo 3 del Reglamento General de Deberes Militares (México), en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

especialmente en el mando de modo que el soldado pueda ir al combate junto a sus camaradas, porque confía en ellos y ellos en él. Se sigue y obedece al superior jerárquico, porque se tiene la certeza que hará lo mejor por la unidad que comanda. A diferencia de los servidores públicos civiles, no se trata de un marco burocrático que tiende al ideal de la racionalidad en las decisiones, sino uno de construcción de confianza, donde se seguirán órdenes, aun en casos en que la razón haga dudar. La institución del mando debe ser tutelada por normas disciplinarias y aún por tipos penales cuando la desobediencia se convierta en insubordinación. El servicio de las armas exige que el militar lleve el cumplimiento del deber hasta el sacrificio y que anteponga al interés personal, el respeto a las leyes, la lealtad a las instituciones y el honor de la fuerza a la que pertenezca.

La **taxatividad** se refiere a la precisión con que se deben normar los deberes militares. Deben estar expresamente establecidos y delimitados en las leyes, reglamentos y ordenanzas militares. Se debe distinguir clara y precisamente entre faltas disciplinarias y delitos militares. No debe sancionarse penalmente una conducta que implique una falta disciplinaria. Es muy importante establecer cuáles son los alcances de las faltas y omisiones disciplinarias. Éstas deben referirse a todo lo relativo a la reputación y dignidad militar. Se debe sancionar la embriaguez, uso de narcóticos, el escándalo. La falta de honradez en el manejo de caudales que no constituya un delito. La negligencia en el servicio, la pereza y falta de esmero en el cumplimiento de órdenes. El aspecto personal de los soldados también se cuida particularmente. La claridad en su regulación es clave para preservar la disciplina militar como principio de orden y obediencia que regula la conducta de los individuos que integran el Ejército, Fuerza Aérea y Armada. Sus disposiciones son de observancia obligatoria para todos los militares. Toda orden de arresto deberá darse por escrito. En caso de que un militar se vea precisado a imponerlo por orden verbal, surtirá efectos de inmediato, pero dicha orden deberá ser ratificada por escrito dentro de las 24 horas siguientes, anotando el motivo y fundamento de la misma, así como la hora; en caso de que no se ratifique, la orden quedará sin efecto. Este principio de taxatividad abona a la seguridad jurídica de los militares a quienes se imponen correctivos disciplinarios. Las órdenes militares deben ser breves, claras, precisas es más, lacónicas. Al ser actos de autoridad, las órdenes castrenses deben estar fundadas y motivadas. Sin embargo dada su naturaleza y la rapidez con que se deben girar y cumplir, deben estar exentas de dicho requerimiento. Sin duda ello conlleva una atemperación de los Derechos Humanos de los militares, ya que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado. Pero en materia militar esto sería contraproducente dada la rapidez, eficiencia y efectividad con la que se deben cumplir las órdenes superiores. En contrapartida, la formación militar exige que todo el personal conozca las leyes, reglamentos y ordenanzas que norman sus actividades. El militar que

gira una orden y quien la cumple, conocen las facultades del mando y los alcances que dentro de la ley pueden tener. Por ello una orden no se cumple cuando es ostensiblemente contraria a derecho o a la moral. Al tener un conocimiento razonable de las normas castrenses, la exigencia de motivación y fundamentación deberá ser mínima o incluso dispensarse dadas las características apuntadas para las misiones militares.

Las faltas disciplinarias militares no constituyen conductas penalmente sancionables en tanto no implican transgresiones a valores generales que interesan a la sociedad. Solamente afectan principios de organización y funcionamiento de un sector particular del Estado como lo son las Fuerzas Armadas. La Quinta Sala del Tribunal Supremo español, ha sostenido que: “la acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidentes repercusiones en el sistema de garantías procesales. En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplinaria constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar. La separación entre Derecho Disciplinario y Derecho Penal militar adquiere así un relieve especial, pues dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplinaria para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías procesales. De aquí la preocupación que se manifiesta en la doctrina y se refleja en las más recientes reglamentaciones disciplinarias militares por restringir el campo de la acción disciplinaria, bien reduciendo los supuestos sometidos a dicha acción, bien limitando el tipo de sanciones que a través de ella pueden imponerse, bien exigiendo para determinadas sanciones un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales.”²⁴⁶

El principio de **colegiación impositiva** establece que la facultad de imponer e individualización correctivos disciplinarios es compartida. El militar con superioridad jerárquica o de cargo²⁴⁷, podrá imponer correctivos

²⁴⁶ Sentencia de la Quinta Sala del Tribunal Supremo, España, del 15 de junio de 1981, Cfr. <http://www.poderjudicial.es>

²⁴⁷ La Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos (Diario Oficial de la Federación del 15 de marzo de 1926) establece en el artículo 31 que “superioridad jerárquica” es la que corresponde a la dignidad militar que representa el grado, con arreglo a la escala desde Subteniente hasta General. “Superioridad de cargo” es la inherente a la comisión que desempeña un militar, por razón de sus funciones, y de la autoridad de que está investido.

disciplinarios, pero no será quien los gradúe. Los impone el inmediato superior y los gradúa el comandante de la unidad, zona o región. Ello implica un control oficioso en la potestad sancionadora, toda vez que el militar facultado para graduar arrestos, podrá dejarlos sin efecto o sustituirlos por amonestación. Se evitan abusos y se controla el adecuado ejercicio del mando y de la disciplina.

A diferencia de los delitos castrenses cuya sanción es más severa, en materia disciplinaria la sanción debe ser leve. El principio de **mínima entidad sancionadora** se refiere a la medida de la sanción que se pueda imponer. Este es uno de los rasgos distintivos entre los delitos militares y infracciones disciplinarias. Las sanciones pueden ser:²⁴⁸

I.- Amonestación es el acto por el cual el superior advierte al subalterno, de palabra o por escrito, la omisión o defecto en el cumplimiento de sus deberes, invitándolo a corregirse. Quien amoneste lo hará de manera que ningún individuo de menor jerarquía a la del aludido se aperciba de ella, procurando observar en estos casos la discreción que exige la disciplina. Deberá prohibirse la reprensión que, por ser afrentosa y degradante, es contraria a la dignidad militar.

II.- Arresto es la reclusión que sufre un militar en el interior de las unidades, dependencias o instalaciones militares y puede ser impuesto con o sin perjuicio del servicio, es decir con independencia de las obligaciones ordinarias que le corresponde desempeñar. En el primer caso, sólo podrán desempeñarse aquellos servicios que no requieran salir del alojamiento, por estar el militar a disposición de su comandante o jefe de la unidad, dependencia o instalación. De acuerdo a los estudios comparativos realizados por la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL)²⁴⁹, esta sanción puede ir desde veinticuatro horas hasta treinta días.²⁵⁰ Sin duda estas

²⁴⁸ En las normas disciplinarias analizadas, también se consideran otras sanciones disciplinarias: destitución, suspensión de empleo, suspensión de mando, apercibimiento, confinamiento, exclusión del servicio, remoción de clase, suspensión de suboficiales y clases, recargo de servicio, calabozo, fajas, baja del servicio activo. Para los generales algunos países prevén una llamada de atención o el arresto domiciliario.

²⁴⁹ Marcela Donadio y María de la Paz Tibiletti. “Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y Caribe”, Edición 2010. - 1a ed.- Buenos Aires : RESDAL, 2010. <http://www.resdal.org>

²⁵⁰ Cfr. Tabla comparativa de instrumentos legales de la justicia militar en América Latina en BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; pp. 36 y 37.

sanciones no deben ser mayores a setenta y dos horas. Afirmamos lo anterior, toda vez que se considera que para el ámbito civil es convencional un arresto hasta por treinta y seis horas. Es razonable considerar que para el sector militar sea el doble. También será razonable que por razón de grado y jerarquía el arresto pueda estar diferenciado. De esta manera esta sanción estará topada para generales y jefes a quienes solamente se les podrá imponer un mínimo y a los oficiales un poco más y finalmente la mayor sanción para la tropa. Ello tiene sentido en función de que los ascensos en las jerarquías se obtienen por concurso y oposición, así como antigüedad en el grado inmediato anterior. Entre mayor es la jerarquía más tiempo de experiencia y servicio que deben atemperar el rigor de las sanciones.

III.- Cambio de unidad, dependencia, instalación o comisión en observación de su conducta, determinado por el Consejo de Honor o sus equivalentes en las legislaciones disciplinarias de cada país.

IV.- Baja del servicio, separación temporal o definitiva del instituto armado.

En el estudio elaborado por RESDAL, se indica que “existen un conjunto de normas comprendidas comúnmente en las leyes de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que se encargan de definir faltas o infracciones basándose en el correcto funcionamiento de la organización militar y sus integrantes en la vida cotidiana. Algunos ejemplos recurrentes de faltas disciplinarias son: no efectuar correctamente el saludo, no llevar el paso de una formación, concurrir o encontrarse en el servicio en estado de ebriedad, etc. Frente a una falta cometida por un integrante de la institución, el superior o los órganos de disciplina establecidos –según la gravedad del caso- asignan un castigo o sanción al sujeto que incurrió en falta. Las sanciones disciplinarias pueden comprender amonestaciones (como ejercicios físicos), arrestos (en las instalaciones militares), postergaciones en el ascenso, pase a situación de disponibilidad, pase a la situación de retiro, baja, cancelación de asimilación y/o contrato tratándose de asimilados y personal civil, entre otros.”²⁵¹

Al imponer un correctivo disciplinario, el militar facultado para graduar arrestos tendrá en cuenta, que sea proporcional a la falta cometida, a la

²⁵¹ BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; pág. 39.

jerarquía, al cargo, a los antecedentes del infractor, a las circunstancias, al grado que ostente y al cargo de quien lo impuso.

El principio de **definitividad** implica que las sanciones disciplinarias no deberían ser recurribles. Al recibir una orden, el inferior solamente puede solicitar su aclaración al superior e inmediatamente cumplirla. En caso de no hacerlo, por negligencia u omisión, se impone un correctivo disciplinario. Dadas las características de las sanciones disciplinarias, ¿será adecuado a su naturaleza y propósitos, que las resoluciones que imponen sanciones disciplinarias, sean recurribles ante órganos jurisdiccionales? Siendo su propósito la inmediatez, ejemplaridad, el mantenimiento de la disciplina y la escala de mando, no resulta coherente que se siga todo un procedimiento para determinar si las sanciones se aplicaron conforme a derecho o bien deben ser modificadas o revocadas por exceder la normativa aplicable. Por ello considero que las sanciones disciplinarias deben aplicarse a faltas leves y no rebasar ciertos límites de severidad, a efecto de que sean irrecurribles. Supongamos que a un militar se le ordena el traslado a una unidad distinta y lejana del lugar donde se encuentra prestando sus servicios. Ello le implicará de toda necesidad, modificar su estilo de vida, separarse de su familia y otros cambios de similar naturaleza. El militar se niega a obedecer y no acata la orden de manera inmediata. El superior jerárquico le impone un arresto como correctivo disciplinario y le reitera la orden dada. El inconforme, la controvierte por vía jurisdiccional²⁵² y solicita la suspensión judicial de la orden reclamada. En caso de que sea concedida, sin duda ello alteraría la esencia y naturaleza propia del Derecho Disciplinario Militar. No se cumplirían sus objetivos y lejos de abonar a la ejemplaridad y tutelar la cadena de mando y el principio de autoridad, se produciría el efecto contrario.

Para evitar este problema se propone, configurar a nivel constitucional, las características, principios y limitaciones que deben orientar a la legislación secundaria en materia de disciplina militar, a efecto de excluir la posibilidad de controvertir vía jurisdiccional o administrativa la sanción. Se trata de una limitación a los derechos fundamentales de los militares, cuya justificación consiste en mantener la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las misiones que la Constitución le otorga a las Fuerzas Armadas. El interés superior de preservar el estado en su conjunto y a sus instituciones jurídico-constitucionales, supone la necesidad de constitucionalizar al Derecho Disciplinario Militar, para mantenerlo al margen de los derechos fundamentales que se otorgan al resto de los gobernados, pero que dada la

²⁵² Conforme a la legislación mexicana, interpone un juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (vía contencioso-administrativa), y contra la resolución definitiva, se puede acudir al Juicio de Amparo.

necesidad estratégica de las Fuerzas Armadas, a sus integrantes se les limitan. Como he mencionado en otros epígrafes de este trabajo doctoral, se constitucionaliza una institución, para desconstitucionalizarla, es decir mantenerla al margen de los principios tutelares de los derechos humanos que asisten a todos en general. Esta doctrina ha sido aplicada en el derecho constitucional alemán, mediante la fórmula del Innere Führung²⁵³, que excepciona a los militares de ciertos derechos humanos, en aras de la naturaleza propia de la institución armada a la que sirven. En este caso se excluiría para los militares el derecho de controvertir las sanciones disciplinarias impuestas. De toda necesidad las sanciones así impuestas deben tener una severidad mínima, a efecto de limitar lo menos posible los Derechos Humanos de los militares. Cuando se requiera limitar dichos derechos, debe hacerse bajo el principio de mínima entidad, es decir en la medida estrictamente indispensable para lograr el propósito buscado, en este caso mantener la disciplina, obediencia y respeto a la escala de mando en las Fuerzas Armadas.

Ello sin duda constituye una atemperación a los Derechos Humanos de los militares, toda vez que el derecho a recurrir una sanción se encuentra reconocido en la totalidad de los tratados multilaterales sobre la materia. En diversas entrevistas sostenidas con militares, de todas las graduaciones, han comentado que los arrestos primero se cumplen y después se aclaran. Significando con ello que se perjudicaría más la disciplina militar cuestionando la determinación del mando de imponer un arresto que permitiendo al afectado controvertirlo. Ni las órdenes ni los correctivos disciplinarios deben ser recurribles. La posibilidad de controvertirlos a través de cualquier tipo de remedio legal debe estar prohibida por la ley. Por ello este principio, al igual que los otros mencionados, deben tener una configuración constitucional. No se soslaya que cuando analizamos el principio de colegiación para imponer sanciones disciplinarias comentamos que existe un medio de control para su imposición. En efecto, quien impone el correctivo no es quien lo gradúa. Incluso el comandante de la unidad militar, quien en última instancia determina la cuantía de la sanción, puede sustituirla por una más leve o bien revocarla. No hay una carencia de controles legales al respecto, lo que se adiciona con controles de lealtad y honorabilidad. Adicionalmente en todos los ejércitos existen los llamados Consejos de Honor, que vigilan el cumplimiento de las leyes, reglamentos y ordenanzas militares y conforman una instancia de control para los correctivos disciplinarios. Para ejemplificar esta cuestión un militar recibe una orden de

²⁵³ Cfr. Portal electrónico Bundesministerium del Verteidigung, Innere Führung, Selbstverständnis und Führungskultur del Bundeswehr. <http://www.bundeswehr.de>

trasladarse a cumplir una misión que le implicará separarse de su lugar de residencia y abandonar a su familia por un tiempo indefinido pero presumiblemente prolongado. Al recibir la orden la incumple y por ello es sancionado. Controvierte tanto la orden como la sanción ante los tribunales civiles y le es concedida la suspensión del acto reclamado. Esta medida suspensiva durará todo el tiempo del proceso judicial. Mientras tanto la misión que debía cumplir el militar quedó suspendida o bien se designó personal diverso para cumplirla. A todas luces ello afecta la eficiencia con la que deben conducirse las corporaciones militares.

En este sentido la opinión de Jiménez Villarejo: “en el procedimiento disciplinario militar, donde la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores fundamentales, tienen mayor peso, la eficacia y rapidez que las garantías. Esta reducción de garantías, que inevitablemente caracteriza al procedimiento disciplinario, hace necesaria, de un lado, una clara separación entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal Militar y, de otro, una restricción del campo de la acción disciplinaria, bien reduciendo los supuestos que se le someten, bien limitando las sanciones, bien exigiendo para determinadas sanciones un procedimiento con las normales garantías procesales”.²⁵⁴

Finalmente el principio de **responsabilidad del mando**, implica que quien impone un correctivo disciplinario lo debe hacer con responsabilidad, lealtad y honorabilidad. La disciplina exige respeto y consideraciones mutuas entre el superior y el subalterno, se trata de un camino de doble vía. El mando no se ejerce con arbitrariedad y la obediencia no se cumple con disimulo. Finalmente quienes imponen y gradúan arrestos, a su vez deben asumir sus responsabilidades, incluso de orden penal por los delitos de Abuso de Autoridad y demás de similar configuración.

3. Normativa del Régimen Disciplinario Militar

Otro de los tópicos que analizaremos para el subsistema disciplinario militar, se refiere a las **normas que deben regularlo**. Los principios propuestos en este trabajo de investigación, implican atemperaciones a los Derechos Humanos de los militares, toda vez que se limita la posibilidad de recurrir o controvertir los correctivos disciplinarios, además de que la fundamentación y motivación de las órdenes debe ser mínima o incluso dispensarse. Por estas razones los principios rectores del derecho disciplinario militar deben tener una configuración de rango constitucional. Esto debe ser

²⁵⁴ Jiménez Villarejo, José. Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional. Madrid, Editorial Colex. 1991 Pág. 21.

así dado que las atemperaciones a los derechos fundamentales solamente se pueden materializar en la ley fundamental. De lo contrario la legislación secundaria carecería del debido sustento constitucional. Se haría nugatorio el fin buscado con la aplicación de los principios que buscan darle operatividad y eficiencia a la actuación militar.

Por lo que respecta a las leyes secundarias, reglamentos u ordenanzas en cuestiones disciplinarias, deberán ser de naturaleza administrativa y procesal. Lo primero implica que son disposiciones de orden público, de naturaleza irrenunciable y de aplicación obligatoria para los miembros de las Fuerzas Armadas. Incluso es de observarse que en los países donde fue suprimida la jurisdicción penal militar, subsiste el derecho disciplinario y las normas que lo regulan, tal es el caso de Argentina. En otros existe un código penal militar sustantivo y procesal, como en Colombia y Honduras y una ley y/o reglamento en materia disciplinaria. En Bolivia, Chile, Perú, Venezuela existen por separado un código sustantivo y otro procesal penal militar. Brasil, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela donde existen otros dispositivos normativos adicionales que regulan la organización de los fueros militares. Asimismo, se observan países cuyas Fuerzas Armadas han configurado regímenes de disciplina diferenciados para cada instituto como México, Brasil, Uruguay y Chile (la normativa para la Armada está diferenciada de la del Ejército y Fuerza Aérea). Lo anterior se puede apreciar de la tabla comparativa que se inserta al final de este epígrafe.

a) Sujetos Obligados por la Norma Disciplinaria Militar

Determinar los **sujetos sobre los cuáles se aplica la norma**, por faltas disciplinarias, es una cuestión más compleja de lo que parece. A primera vista la respuesta es en el sentido de que las normas disciplinarias recaen solamente sobre los militares en servicio activo. Pero ¿pueden ser extensivas para los civiles asimilados o en actividades estratégicas de seguridad o defensa nacional? ¿Cuál es la condición de los militares retirados?

Sin duda las normas disciplinarias militares se deben imponer a todo el personal en servicio activo, que durante el ejercicio de sus funciones dentro de los cuarteles, unidades y dependencias de los institutos militares, incurran en faltas disciplinarias militares. Ningún grado o jerarquía pueden quedar excluidos. Desde la tropa, soldados y marinería, pasando por suboficiales, oficiales y jefes, hasta los rangos de general. El personal civil asimilado o contratado por los institutos armados no debe ser sujeto de aplicación de normas militares disciplinarias. A ellos les debe aplicar el régimen administrativo ordinario, para cualquier servidor público. En efecto, al no tener la condición de militares, no se les debe limitar ni atemperar sus Derechos Humanos. Se encuentran en pleno goce de los mismos en igualdad

que circunstancias que el resto de los ciudadanos. No sería justificación suficiente la especial importancia o naturaleza de su actividad dentro de las Fuerzas Armadas, para someterlos a un régimen disciplinario exorbitante como el que se aplica al personal militar.

Los militares en situación están separados del activo. La situación de retiro es aquella en que son colocados, mediante órdenes expresas, los militares con la suma de derechos y obligaciones que fija esta la ley, al ejercer el Estado la facultad de separarlos del servicio activo.²⁵⁵ No existe razón lógica para mantenerlos sujetos a un régimen disciplinario especial, máxime que lo que éste tutela es el adecuado funcionamiento de las corporaciones militares. Sin embargo existen algunas legislaciones, entre ellas la de México, en la que los militares en situación de retiro siguen siendo sujetos a los correctivos disciplinarios. En caso dado cumplirán el arresto en la instalación militar más cercana a su domicilio.²⁵⁶ Ello lo considero equivocado y debe ser retirado de las legislaciones sobre la materia.

En esta tesis he afirmado que la profesión militar es un estilo de vida. Quien la asume no deja de serlo las veinticuatro horas del día, en las instalaciones militares o en cualquier otra parte, incluso su casa. En consecuencia, las sanciones disciplinarias deben aplicarse a los soldados y marinos en toda la escala de mando, aunque vistan de paisano, por faltas u omisiones cometidas en cualquier momento, incluso en su domicilio particular. Al ejemplificar esta situación se le podrá comprender cabalmente. Los militares deben abstenerse de acudir a centros de vicio e incluso de participar en escándalos. Quien lo haga afecta la imagen social de las Fuerzas Armadas en su conjunto. Parece exagerado, sin embargo ello es parte del estricto régimen disciplinario que regula la vida castrense.

b) Órganos Aplicadores de la Norma Disciplinaria Militar

Finalmente, la estructura administrativa que aplica la norma disciplinaria es toda la escala de mando desde suboficial (subteniente) hasta general. Es frecuente que las unidades militares cuenten con un Consejo de

²⁵⁵ Cfr. La definición de situación de retiro se obtuvo del artículo 21 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2003.

²⁵⁶ Cfr. artículo 33 de la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos (Diario Oficial de la Federación del 15 de marzo de 1926).

Honor²⁵⁷ o Tribunal de Honor para supervisar las faltas disciplinarias recurrentes o bien evaluar los cambio de adscripción e incluso la baja en el servicio. Es la instancia autorizada para juzgar la conducta deshonrosa de los militares.

Algunos de los conceptos que manejan los instrumentos de justicia militar referente al Honor Militar son: “Severa conciencia o estricto cumplimiento del deber que la profesión de las armas impone. Conducta irreproachable o celo extremo dentro de la moral rígida y el exaltado patriotismo que el servicio militar exige” 85 “El honor es la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respeto al prójimo y a nosotros mismos. Es la virtud militar por excelencia, es una religión, la religión del deber, que señala en forma imperativa el comportamiento que corresponde a cada circunstancia. Los Tribunales de Honor apreciarán las acciones sometidas a su consideración valorizándolas con referencia al tipo constituido por los estados firmes de la conciencia colectiva que representa el ideal del perfecto caballero. El criterio con que se juzgue, considerará la realidad, pero, deberá tener en cuenta, especialmente, que las Fuerzas Armadas son una institución de excepción diferenciada de la sociedad civil, a la que está confiada la custodia de los bienes espirituales y materiales de la Nación y que, en consecuencia, cada Oficial está obligado a ser un ejemplo de conducta ”²⁵⁸

“Honor Militar es el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor, lealtad, rectitud y decoro, que colocan al oficial y suboficial en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a la que pertenece”; “Honor, moral y ética militar son cualidades que reflejan la rectitud en el obrar y en el cumplimiento de los deberes y obligaciones generando

²⁵⁷ En México el Consejo de Honor del Ejército y Fuerza Aérea, El Consejo se establecerá en las Unidades y Dependencias del Ejército y Fuerza Aérea; se constituirá con un presidente y cuatro vocales en las Unidas y con un presidente y dos vocales en las dependencias conforme al Reglamento respectivo. Conoce todo lo relativo a la reputación de la unidad, dependencia o instalación. De la embriaguez, uso de narcóticos y juegos prohibidos por la ley; de la disolución escandalosa; de la falta de honradez en el manejo de caudales que no constituye un delito; de la negligencia en el servicio que no constituye delito; de todo lo que concierne a la dignidad militar.

²⁵⁸ Reglamento de los Tribunales de Honor de las Fuerzas Armadas de Uruguay, Arts. 1-3

confianza y respeto entre los miembros de las Fuerzas Armadas y el entorno social.”²⁵⁹

Como corolario de este epígrafe, se establece que el Derecho Disciplinario Militar tutela valores considerados de importancia para las corporaciones armadas. Mantener el espíritu de cuerpo, la disposición plena para el servicio, sin reticencias ni murmuraciones, el adiestramiento permanente bajo un esquema de rigor disciplinario, en suma aspectos que atienden al comportamiento cotidiano de los miembros de las Fuerzas Armadas. La gobernabilidad de las corporaciones armadas es su espacio propio de atención. Los cuarteles militares son espacios aislados del mundo civil donde conviven de manera forzada personas de distintas condiciones, edades, sexo y personalidad, armados y entrenados para el combate. El manejo puntual de las actividades diarias, el respeto a la jerarquía militar y a la escala de mando permite esta convivencia en armonía. Ello solamente se consigue bajo un régimen disciplinario estricto y sancionado por la ley.

E. JURISDICCIÓN PENAL EN TIEMPO DE PAZ

La jurisdicción penal militar en tiempo de paz, consiste en aplicar las normas del derecho penal castrense, por tribunales, consejos de guerra o cortes marciales, en una temporalidad de vigencia y regularidad de las instituciones del Estado de Derecho. El subsistema penal militar tutela valores relevantes no solamente para las Fuerzas Armadas sino para el Estado mismo. La prestación del servicio público de defensa y seguridad nacional debe ser efectiva para evitar un Estado fallido. La justicia militar no se agota en el aforismo romano de dar a cada quien lo suyo o de quitar a cada quien lo que no le pertenece. En caso de transgredir una norma penal militar la víctima es el Estado pues reciente directamente el daño que se refleja en la afectación de las misiones que constitucionalmente tienen señaladas las Fuerzas Armadas. Pero éstas serán las ofendidas, toda vez que los ilícitos castrenses afectan al ethos militar, materializado en el espíritu de cuerpo, que debe restañar la autoridad judicial que administre justicia militar.

El derecho penal militar es tan especial que conductas que no serían sancionadas penalmente si las cometiera un civil, por ejemplo la deserción o el abandono del empleo, se tipificarían como delitos y se les sancionaría con severidad, cuando las comete un militar. Estas notas diferenciadores obligan a determinar si el derecho penal militar es una rama independiente o si es parte de la coerción penal ordinaria, como un derecho penal especial, tan solo

²⁵⁹ RESDAL p. 98, extraídos de normatividad, Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas del Perú, Art. 5.

diferenciado por quienes quedan sujetos a sus normas como lo son los militares. Se debe analizar en qué consiste este ámbito militar, cuál es su naturaleza y si éste conforma una rama autónoma dentro del ordenamiento jurídico o es parte del Derecho Penal común.

En opinión de Bermeo Lara, el derecho penal militar se encarga de tipificar y sancionar “actos considerados delitos propios de la función militar, en tanto afectan bienes jurídicos militares como la propia institución castrense. Contribuye a fortalecer el mantenimiento del orden y la disciplina de los miembros de las instituciones armadas.”²⁶⁰ Definen al delito militar como “toda acción tipificada como ilícita que afecta un bien jurídico-institucional específico del ámbito castrense y relacionado con la función militar.”²⁶¹

Villalpando define al derecho penal militar, como el que “rige la disciplina castrense, elemento esencial de las Fuerzas Armadas; el derecho procesal militar, que norma las actuaciones judiciales que se desahogan ante los órganos jurisdiccionales de guerra.”²⁶²

El derecho penal militar como derecho sancionador, puede ser definido como “el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena como consecuencia jurídica, a un hecho cometido, en el ámbito militar.”²⁶³

Para que una conducta delictiva pertenezca al ámbito del derecho penal militar es necesario que el sujeto activo de la misma sea miembro de las Fuerzas Armadas, de no ser así, la conducta conformaría un tipo delictivo ordinario. Asimismo, se deben lesionar o poner en peligro bienes jurídicos militares. Estas conductas se agravarán o atenuarán dependiendo si se trata de tiempos de guerra o de paz. Es decir, que para determinar si una conducta pertenece al derecho penal militar, es necesario utilizar criterios subjetivos, objetivos y materiales.

²⁶⁰ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 34.

²⁶¹ Ibid, pág.35.

²⁶² Villalpando César, José Manuel. Las Fuerzas Armadas y la Ley. Escuela Libre de Derecho (2002), Pág. 13.

²⁶³ Investigación realizada por la Fundación Myrna Mack pág. 27

La jurisdicción militar debe respetar plenamente los principios de unidad jurisdiccional e independencia judicial. Deben separarse las facultades de mando del poder jurisdiccional, los jueces militares deben nombrarse de la misma forma que los demás miembros de la jurisdicción ordinaria y gozar de las mismas prerrogativas y privilegios que garanticen su independencia funcional e imparcialidad.

Existe una tendencia en el derecho comparado a adoptar el modelo de jurisdicción militar que consiste en suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla sólo en caso de guerra. En este caso, el juzgamiento de causas criminales y de todo tipo pasan íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial ordinario no especializado en asuntos castrenses aplica los tipos penales militares en tiempo de paz. Esta tendencia obedece a que este modelo es el que se adapta de mejor manera a los principios del Estado Social y Democrático de derecho, específicamente los principios de separación de poderes, unidad jurisdiccional e independencia judicial.

En una sociedad civilizada, la tarea más importante consiste en lograr un adecuado balance entre libertad y orden. En tiempos de guerra, tanto la razón como la historia, enseñan que ese balance se incline hacia el orden, a efecto de favorecer la capacidad del gobierno de enfrentar las amenazas al bienestar nacional. La justificación de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, no presenta mayor problema, toda vez que es precisamente esta situación de emergencia la que puede dar pleno sentido y en consecuencia legitimidad al fuero castrense. Tan es así, que países como Alemania, Francia, Suecia, Noruega y Dinamarca, que han suprimido esta jurisdicción especial para el tiempo de paz, la mantienen en caso de guerra.

Pero en tiempo de paz, ¿se justifica una jurisdicción penal especializada en materia militar? ¿Cuál es la misión que le corresponde a las Fuerzas Armadas en tiempo de paz? ¿Deben las Fuerzas Armadas ejercer la función jurisdiccional en tiempo de paz? ¿Gozan los militares, de las mismas garantías constitucionales que el resto de la población? En caso de respuesta negativa ¿cuáles son límites que su condición militar les impone? Asimismo al reconocer el texto constitucional la existencia de un fuero especial para los militares, ¿la jurisdicción militar, respeta los principios clásicos de unidad, exclusividad e independencia que caracterizan a la función jurisdiccional? Estas reflexiones adquieren especial complejidad dado el particular papel de la fuerza militar en el ejercicio del poder y su compleja ubicación en el derecho. Por una parte, el poder como garante de la paz y la seguridad y por la otra, la paz y la seguridad como garantes del poder y del derecho. Quizá el problema se centre en encontrar una adecuada combinación entre la razón de estado y el ejercicio del poder, con el mantenimiento de la paz y del Estado Democrático

de Derecho, preservando en este equilibrio, los derechos fundamentales de quienes tienen a su cargo la función militar.

La respuesta a estas preguntas es fundamental para establecer la legitimidad de los tribunales militares especializados en un Estado Democrático de Derecho. En efecto, el carácter especial y excepcional de la justicia militar, provoca tensiones con los principios de independencia, imparcialidad y respeto a los derechos fundamentales que preconiza dicho Estado.

Indiscutiblemente las Fuerzas Armadas son un factor real de poder y por lo mismo deben estar sujetas a un estricto control normativo. La aspiración de todo Estado de Derecho es garantizar la libertad de los individuos frente a los abusos de poder. El problema que pretende abordar este trabajo consiste en analizar el ejercicio del poder y los mecanismos para garantizar su eficacia, frente a los Derechos Fundamentales de quienes integran los cuerpos de seguridad del gobierno del Estado, particularmente de las Fuerzas Armadas. Los militares quedan al margen de esta aspiración, toda vez que su libertad personal queda constreñida por la naturaleza de la función que desempeñan. En efecto, las Fuerzas Armadas se constituyen en garantes de la seguridad nacional de los estados y por ello la obediencia jerárquica y la disciplina son los pilares fundamentales sobre los que descansa su actuación. Una fuerza armada sin disciplina ni organización resulta no solamente ineficiente sino peligrosa. Es la disciplina, la base para preservar el cumplimiento de los deberes militares y el mantenimiento eficiente de su organización y gobernabilidad.

La reflexión obligada es en el sentido de analizar si la jurisdicción penal militar, el fuero de guerra y la limitación de los Derechos Fundamentales del personal militar, son esenciales o incluso necesarios para el mantenimiento de la disciplina. Para dar respuesta a las interrogantes planteadas, sin caer en el formalismo -que no responda a la realidad de las Fuerzas Armadas- o en la ligereza -que no profundice en la búsqueda de la esencia jurídica de las instituciones- o hasta en la irresponsabilidad – planteando soluciones exóticas y del todo ajenas a la realidad- estimamos indispensable adentrarnos en las causas profundas, en la verdadera esencia y naturaleza de la organización castrense.

Un necesario punto de partida consiste en justificar desde un punto de vista jurídico, la necesidad de defender eficazmente al Estado y la conformación de las Fuerzas Armadas de acuerdo a las bases del Estado Liberal Democrático contemporáneo. Estudiar la inserción del ámbito de lo militar en el mundo del Derecho y su sujeción a los contenidos constitucionales. Será necesario acotar conceptos tales como la razón de

Estado, la seguridad del estado o el interés nacional, que han justificado tantos desmanes cometidos a lo largo de la historia y han orientado el uso de la fuerza militar hacia fines muy diferentes de los de una buena razón de estado, como la garante de la paz y de la dignidad de los ciudadanos. Estas mismas razones, han justificado la subsistencia del fuero militar y de las reglas tan particulares que lo rigen.

El esquema de análisis de la jurisdicción penal militar lo realizaré a partir del esquema siguiente:

- a) La naturaleza no sólo especial sino excepcional de la jurisdicción penal militar;
- b) La época en que se ejerce dicha jurisdicción, es decir en tiempo de paz;
- c) Principios para construir la tipología de los Delitos de Función Militar

1. Naturaleza Especial y Excepcional de la Jurisdicción Militar Penal

Cuando se habla de jurisdicción especial, viene a la mente el caso de los juzgados o tribunales, ya sean federales o locales, especializados en materia civil, laboral, administrativa, penal, en telecomunicaciones y competencia económica, en fin de diversa índole dependiendo la materia a la que se abocan en su quehacer jurisdiccional. Sin embargo rara vez se menciona a los tribunales militares, que también ejercen una función especializada precisamente en la materia castrense. Por mucho tiempo se han mantenido trabajando de manera discreta al interior de las instalaciones militares, tradicionalmente cerradas al acceso público, pero pocos se acercan para vislumbrar lo mucho que el derecho militar sustantivo y procesal puede ofrecer al mundo civil.

Existe un amplio consenso en calificar al derecho penal militar como un derecho penal especial.²⁶⁴ Núñez Barbero, considera que "No parece, en consecuencia, que el Derecho penal militar pueda considerarse como una disciplina plenamente autónoma, sino más bien como un complemento del

²⁶⁴ Cfr. AZABACHE CARACCILO, César. Justicia Militar, Investigación realizada por la Fundación Myrna Mack, 1996. MINUGUA: United Nations Mission for the Verification of Human Rights and of Compliance with the Commitments of the Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala. UNDP: United Nations Development Program. <http://www.myrnamack.org.gt/index.php/caso-diario-militar>

derecho penal común.”²⁶⁵ En este mismo sentido, Rodríguez Devesa, señala que “el derecho penal militar no es ni puede ser *privata lex* de los militares.”²⁶⁶ Por su parte, Jiménez y Jiménez expresa “Las leyes penales militares están limitadas en su ámbito por la ley penal común, respecto de la cual la ley penal militar es una ley penal especial que, aunque perviva extramuros de aquella, no puede abandonar los caracteres esenciales de toda norma punitiva, ni interpretarse sin una constante referencia a la ley penal ordinaria.”²⁶⁷

En palabras de Juanes Peces “la ley especial desplaza a la general en todo aquello, pero sólo aquello, que es objeto de una regulación específica, en otras palabras ‘especial’ ”²⁶⁸. Otros autores añaden junto a dicho concepto el carácter integral de códigos anteriores. De esta forma se crea un derecho especial que complementa al derecho penal común”²⁶⁹.

El derecho penal militar, como toda rama del derecho, está sujeto a los principios constitucionales. Pero además su configuración originaria deberá ser de orden constitucional, toda vez que los principios que lo informan implican atemperaciones a los Derechos Humanos de los militares. Asimismo el derecho penal ordinario es supletorio del penal militar. “No obstante su especialidad, el que los delitos militares se encuentren fuera del Código Penal es, en cierto modo, accidental, ya que técnicamente no hay inconveniente alguno en que se incluyan dentro del mismo.”²⁷⁰ Esto sucede cuando se

²⁶⁵ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto. Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, 1971, citado en la Investigación Mack Chang sobre justicia militar.op.cit.

²⁶⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte Especial. Madrid, Dykinson, 1991. Pág. 1283.

²⁶⁷ JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco. Introducción al Derecho Penal Militar. Madrid, Editorial Civitas, 1989. Pág. 23.

²⁶⁸ JUANES PECES, A.: “Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar”. La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n° 7, 2004, pág. 10.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: “El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código penal militar complementario”. REDM n° 77,2001, págs. 91 ss. Éste recoge posiciones anteriores que lo caracterizan con los mismos términos, así vid. HIGUERA GUIMERÁ, J.F.: Curso de Derecho penal militar español. Bosch, 1990, págs. 25 ss.; NÚÑEZ BARBERO, R.: “Derecho penal militar y Derecho penal común”. ADPCP, 1971-III, pág. 721.

²⁷⁰ NÚÑEZ BARBERO, Ruperto. Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común. Cit. Pág. 723.

suprime la jurisdicción militar y los tribunales ordinarios asumen la competencia de juzgar delitos castrenses. La tipificación de los delitos militares se traslada al Código Penal común. De esta forma, el derecho penal militar puede incluirse tanto en una ley especial como dentro del Código Penal común dependiendo de razones de técnica legislativa y por qué no, de conveniencia política.

Pero las estructuras jurisdiccionales militares no solamente son especiales por la materia que manejan, sino también son de naturaleza excepcional. Como lo refiere Mera Figueroa, *“la jurisdicción penal militar en tiempo de paz no es sólo una jurisdicción especial, sino que tiene más que eso, tiene un carácter excepcional que, de partida, presenta tensiones, cuando no contradicciones, con principios básicos de la administración de justicia y del Estado de Derecho. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre con las jurisdicciones especiales, los tribunales militares están integrados por miembros de las propias instituciones a las que pertenecen los imputados. No se trata sólo de jueces especializados en determinadas materias, sino que ellos forman parte del estamento, del cuerpo que también integran las personas que deben juzgar.”*²⁷¹

La jurisdicción penal militar, es especial por la materia específica que atiende y adicionalmente es de naturaleza excepcional, por las siguientes razones:

1. Los órganos responsables de administrar justicia militar, están integrados por personal militar en activo, en situación de retiro o bien por quienes cuentan con conocimientos especializados sobre el tema;
2. Las designaciones para desempeñar cargos dentro de los órganos jurisdiccionales militares y sus auxiliares, son diversos a los que se siguen para cubrir las vacantes en la judicatura civil. Ello es particularmente evidente en Iberoamérica;
3. Los órganos del fuero castrense no solamente cumplen con la misión de administrar justicia, sino que también deben preservar el etos de la Fuerzas Armadas;
4. Gran parte de la legislación castrense consultada, permite señalar que la jurisdicción militar no cumple con los principios tradicionalmente aceptados para la función jurisdiccional, como la independencia, imparcialidad e inamovilidad;
5. No es frecuente que exista una carrera judicial militar;

²⁷¹ MERA FIGUEROA, op. cit. pág. 26

6. No existe un consejo de la judicatura militar que administre la función jurisdiccional militar;
7. Los tribunales militares se ubican en sede ejecutiva en los sistemas tradicionales de justicia de mando, aunque varias legislaciones han evolucionado al respecto;

La calidad de excepcional del derecho penal castrense se materializa además en la exigencia de conductas más allá de lo razonable para el derecho común. En efecto, a los soldados se les exige el cumplimiento de su deber aun anteponiendo su seguridad personal. El entrenamiento que reciben los capacita para no dejarse lesionar o matar por el enemigo; en principio es preventivo. Pero llegado el caso deberán abatirlo y de ser necesario comprometer su vida en ello. Adicionalmente la severidad de las sanciones es mayor que en el derecho penal común. En efecto, es más rigorista el subsistema penal castrense, contrario a la percepción, especialmente en México de que se trata de fuero que beneficia a los militares. Adicionalmente el espacio propio del derecho militar es la guerra. Por ello surgieron las Fuerzas Armadas. Pero también en tiempos de paz existen algunas pocas conductas que pueden debilitar la defensa de la comunidad. Por esto también se puede calificar al derecho penal militar como un derecho excepcional.

¿En los delitos militares existe un injusto mayor o solamente diferente? Al respecto, existe una discusión doctrinaria en cuanto a determinar cuál es el tipo del injusto en los delitos militares. ¿En qué consiste este injusto mayor? ¿El deber de obediencia conforma un bien jurídico independiente? Para el análisis se parte de la discusión doctrinaria respecto a los delitos de función, ya que como se han caracterizado los militares forman parte de la administración pública, son funcionarios públicos, aunque el ejercicio de sus cargos conlleve particularidades especiales. Particularmente este aspecto fue referido por el Subsecretario de la Defensa Nacional de México, General Gaytán Ochoa, quien mencionó que “*el gobierno federal les exigía como militares y los trataba como burócratas*”.²⁷² Sin duda existe un trato diferenciado para los servidores públicos civiles respecto de los militares. A estos últimos se les exige más.

²⁷² Conferencia pronunciada en la Cátedra Prima de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México Norte, Huixquilucan Estado de México el 23 agosto 2012 por el General de División Diplomado de Estado Mayor Carlos Demetrio Gaytán Ochoa. Hizo referencia al combate a la delincuencia organizada, donde las Fuerzas Armadas han tenido un rol destacado, pero señalando que no les han proporcionado ni el equipo ni el adiestramiento indicados para esa misión especial, que no corresponde a las propias y tradicionales de las Fuerzas Armadas.

Existen dos posturas en este debate. En la primera, se equiparan el bien jurídico tutelado con el incumplimiento del deber militar. En este caso los delitos castrenses se consideran delitos contra la disciplina militar. La calidad de miembro de una corporación armada es un presupuesto básico para la comisión del ilícito por estar obligado legalmente a observar un comportamiento obediente frente a la jerarquía militar. Lo que se tutela por la norma penal militar es la disciplina como presupuesto fundamental de la función militar.

Este posicionamiento doctrinario presenta algunos problemas. Bajo esta concepción de los delitos militares se pueden tipificar como tales infracciones disciplinarias de naturaleza administrativa. En efecto, se estaría dando carácter de ilícito penal a conductas de naturaleza disciplinaria administrativa. Ello podría significar vicios de constitucionalidad y convencionalidad. Ello es así toda vez que no todas las incidencias disciplinarias deben ser configurativas de delito de función militar.

La otra postura rechaza dicho equiparamiento. A los incumplimientos de deberes militares les otorga tratamiento de infracción disciplinaria, de naturaleza administrativa y se les sanciona con el correctivo disciplinario proporcional y adecuado. En tanto los delitos de función militar son aquellos que tutelan la eficiencia y efectividad con que los militares, como individuos y como corporación, acometen las misiones que de manera exclusiva les señala la Constitución. Solamente aquellas conductas que vulneren el servicio público de la defensa y seguridad nacional exclusivamente a cargo de las Fuerzas Armadas, y afecten la eficiencia y efectivo cumplimiento de sus misiones, constituyen un delito de función estrictamente militar. De esta manera solamente los militares pueden cometer delitos de función militar. Pero también puede cometer otros delitos de función. En efecto por ser también servidores públicos reciben el mismo tratamiento sustantivo que los funcionarios públicos civiles. Las conductas por el desempeño ilícito de funciones públicas son igualmente reprochadas a servidores públicos civiles y militares. Sin embargo los delitos de función estrictamente militar no pueden ser reprochados a los funcionarios civiles. El reproche penal es el mismo para militares y civiles que desempeñen funciones públicas. El criterio diferenciador consiste en que exclusivamente a los militares, con exclusión de cualquier servidor público civil, se les puede acusar por delitos de función militar.

Esta postura doctrinal obliga a determinar los elementos distintivos de los delitos de función de naturaleza estrictamente castrense, a efecto de no tipificar como tales conductas u omisiones de naturaleza administrativo disciplinario.

Para algunos autores la esencia de los delitos de función es el abuso de la autoridad derivada de la función pública que se desempeña. Welzel considera que “la esencia de los delitos de funcionarios consiste en que los hechos punibles son cometidos abusando del poder público como lesión del deber propio del cargo. No es la cualidad de funcionario lo que convierte al hecho en un delito de funcionario, pues también éste puede cometer las defraudaciones, lesiones corporales o privaciones de libertad corrientes. Es la lesión del deber propio del cargo lo que caracteriza a los delitos de funcionarios. Pero sólo las lesiones del deber del cargo que se dirigen contra bienes jurídicos de la comunidad o de los particulares son amenazados con pena criminal.”²⁷³

Octavio de Toledo, considera que “la concepción del deber del cargo como bien jurídico en los delitos de funcionarios se traduce en una visión totalitaria de la actividad administrativa, inclinándose por indagar en cada tipo delictivo el aspecto o cualidad del ejercicio de la función pública cuestionada por la conducta del funcionario. El deber que auténticamente es relevante para el Derecho Penal, en cuanto al bien jurídico protegido de los tipos de delitos de funcionarios referidos la Administración Pública, es el deber de ésta y, por tanto, de las personas físicas que lo componen, de servir a los que administran.”²⁷⁴

Bacigalupo estima que “los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho.”²⁷⁵

Portilla Contreras considera acertada la idea de limitar la concepción del deber del cargo mediante la exigencia de infracción de un verdadero bien jurídico. Sin embargo, estima que es posible que los criterios propuestos puedan interpretarse como reflejo condicionado de la infracción del deber, es decir al violar el deber, automáticamente se estaría debilitando la confianza de la ciudadanía. Por lo que propone que “sólo deben regularse como delitos

²⁷³ Welzel, *Deutsches Strafrecht*, 11ª edición, 1969. p.537, Citado por Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Editorial Akal, 1991, Pág. 350.

²⁷⁴ Cfr. de TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio. *La Prevaricación de funcionario público*. Madrid, Civitas 1980. Págs. 239-243.

²⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Editorial Akal, 1991, Pág. 352

contra la administración pública o de justicia, los que infrinjan intereses generales de los ciudadanos mediante el desarrollo de la función pública".²⁷⁶

De acuerdo con las tesis que centran su atención en la relación administración-ciudadano, en el supuesto de los delitos militares, la conducta debe infringir el deber de obediencia y además lesionar intereses generales. Estos intereses generales, en el delito militar están conformados alrededor de la misión asignada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, velar por la seguridad de la comunidad.

El ex magistrado en la Justicia Militar peruana Muller Solón considera que los delitos de Función están referidos a las conductas ilícitas tipificadas, descritas y penalizadas en el Código de Justicia Militar por hechos que corresponden y se dan exclusivamente en el ámbito militar, en las relaciones entre militares o en la guerra.²⁷⁷

Donayre Montesinos, denomina delitos de función a los cometidos por servidores públicos. Proporciona un concepto de estos a partir del contenido de sentencias del tribunal constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *"Como es de conocimiento general, al delito de función es un delito especial propio en razón de que sólo puede ser cometido por aquellas personas que ostentando determinado cargo y por ello ciertas funciones específicas, las ejercen de modo indebido lesionando los bienes jurídicos que se suponía ellas estaban llamadas especialmente a proteger"*.²⁷⁸ Para este autor peruano, el delito de función es un delito especial propio en razón de que sólo puede ser cometido por aquellas personas que ostentando determinado cargo y por ello ciertas funciones específicas, las ejercen de modo indebido lesionando los bienes jurídicos que se suponía ellas estaban llamadas especialmente a proteger. En tal sentido, para efectos de incurrir en un delito de función no basta con la condición del sujeto activo sino que es importante que el o los bienes jurídicos lesionados por la conducta del agente

²⁷⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. El Delito de Práctica Ilegal de Detención por Funcionario Público. Madrid, Edersa, 1990. Pág. 58.

²⁷⁷ MULLER SOLÓN, Enrique Hugo. Delito de Función Militar y Delito de Función Policial. http://www.avizora.com/colaboradores/textos_enrique_hugo_muller_solon/0000_enrique_hugo_muller_solon_textos.htm

²⁷⁸ DONAYRE MONTESINOS, Christian. La Justicia Militar en el Derecho Comparado. Op.cit. Pág. 31

sea alguno o algunos de aquellos que específicamente éste debía atender.²⁷⁹
Dicho delito de función consistiría:

- En la infracción de un deber militar (o policial)²⁸⁰.
- El autor por ende, debe ser necesariamente un militar (o policía) en actividad. Se trata de un delito especial propio, ya que la calidad de militar (o policía) fundamenta la pena.
- El deber infringido no proviene del derecho penal, sino del derecho administrativo castrense (o policial), se trata de un deber extra penal.
- Con la infracción del deber se debe poner en riesgo o afectar bienes jurídicos esenciales para la existencia, organización y/o funcionamiento de las Fuerzas Armadas (y la Policía Nacional), de manera tal que se dificulte o impida el cumplimiento de los fines que la Constitución les impone.
- Los bienes jurídicos por lo tanto deben ser institucionales, exclusivos, inherentes o propios de la Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, ya que en todo caso son los sujetos pasivos del delito de función.

A partir de lo expuesto, se puede inferir que no constituyen delitos castrenses aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros. Tampoco lo serán los que vulneran bienes jurídicos de carácter institucional, pero que no resultan propios ni exclusivos de los institutos armados. Este es el caso de los delitos contra la administración de justicia, delitos contra la fe pública, contra el patrimonio del Estado, por mencionar algunos.

Refiere Donayre Montesinos que “lo que corresponde conocer a la justicia militar policial en el Perú son los *delitos de función* que cometan militares o policías mas no los *delitos que cometan en ejercicio de sus funciones*.”²⁸¹ “En muchas ocasiones se tipifica como delito de función castrense delitos comunes o inclusive infracciones de carácter administrativo disciplinario. Efectivamente, no han sido pocas las ocasiones en las que se ha cuestionado la incorporación de un delito en el Código Penal Militar Policial, por tratarse de un delito común. De ahí la necesidad de distinguir los *delitos*

²⁷⁹ Ibid, págs., 82 y 83.

²⁸⁰ En Perú la policía está sujeta a la jurisdicción militar, a diferencia de otros países como México. Por ello se pone paréntesis en lo relacionado con la “policía”.

²⁸¹ DONAYRE MONTESINOS, op.cit. pág. 84.

militares impropios de los *delitos militares propios*, debiendo entenderse los primeros como aquellas conductas delictivas que aun cuando no configuran en rigor delitos de función militar o policial, se consideran delitos castrenses por el simple hecho de estar consagrados en el llamado Código Penal Militar Policial del Perú, mientras que los segundos sí configuran delitos castrenses en sentido estricto y están consagrados como tales en el citado código.²⁸²

Según Donayre Montesinos, “otros autores prefieren hacer referencia a *delitos exclusivamente militares* (los que aquí llamamos delitos propiamente militares o delitos militares propios), y *delitos objetivamente militares* (los que etiquetamos como delitos impropiaamente militares o delitos militares impropios).²⁸³ Define al delito de función como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar (o policía) en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales. Tal acto sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias del hecho, sino del carácter del interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.”²⁸⁴

Coincido con el autor citado en lo esencial, pero difiero respecto de la clasificación de los delitos militares como propios o impropios. El hecho de tipificar una hipótesis conductual en un código o ley castrense, no la convierte en delito de función propiamente militar. No existen los delitos militares impropios. Solamente los estrictamente de naturaleza militar. Donayre Montesinos plantea un criterio de “toponimia legislativa” para denominar a los delitos militares impropios, donde la naturaleza de la figura jurídica la otorga el tipo de norma donde se configura. Ello es incorrecto, toda vez que siendo la jurisdicción penal militar una excepción al acceso universal a la justicia, los delitos militares deben configurarse con criterio restrictivo y atendiendo a esencia especial y excepcional, pero no a criterios diversos.

²⁸² DONAYRE MONTESINOS, op.cit. pág. 194

²⁸³ Cfr. ASTROSA HERRERA, Renato. Derecho Penal Militar. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 56.

²⁸⁴ DONAYRE MONTESINOS, op.cit. págs.. 196-197.

2. *Principios para Construir la Tipología de los Delitos de Función Militar*

Para elaborar una tipología de los delitos de función estrictamente militar propongo diversos **principios** para atender a la naturaleza especial y excepcional del derecho penal castrense. Su denominación y contenido orientador de constituye una propuesta propia para este trabajo doctoral.

a) Principio de Inclusión.

La comisión de un delito militar implica un acto de indisciplina. Pero no todo acto de indisciplina necesariamente configura un delito castrense. Debe infringir el deber de obediencia y además lesionar intereses generales tutelados por la norma penal militar. Estos intereses generales, en el delito militar están conformados alrededor de la misión asignada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, velar por la seguridad del Estado, brindar el servicio público de la defensa y seguridad nacional. El militar sancionado penalmente no debe sufrir además un correctivo disciplinario. Es la aplicación del non bis in ídem, que implica que nadie debe ser sancionado dos veces por la misma conducta. La ofensa penal militar subsume a la disciplinaria. La sanción además es de mayor entidad y severidad para la primera. Tampoco podrá darse carácter de ilícito penal a una falta disciplinaria, pues como se ha manifestado en este trabajo, atentaría contra los derechos fundamentales de los militares afectados.

b) Principio de Restricción Objetiva y Subjetiva²⁸⁵

Significa que el derecho penal militar es aún más restrictivo que el derecho penal. Aplica a la configuración de tipos penales de función militar. Los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal militar se refieren al eficiente y efectivo cumplimiento de las misiones constitucionales del instituto armado. Asimismo están relacionadas con la permanencia institucional de las Fuerzas Armadas, es decir evitar su desintegración. La preservación de la escala de mando es otro de los bienes jurídicos tutelados. Las conductas penalmente relevantes en cuestión militar se deben referir restrictivamente a dicho bienes y valores que son la esencia del etos militar. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

²⁸⁵ También llamado principio de Jurisdicción Residual o Jurisdicción Excepcionalísima.

En este sentido, “el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la expresión **ámbito estrictamente castrense** debe interpretarse en el sentido que la justicia militar sólo es competente cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar, agregando que el carácter especial de la justicia militar hace necesario que sea interpretada restrictivamente presumiendo la competencia de los jueces ordinarios.”²⁸⁶

Diverso aspecto del mismo principio consiste en que en ningún caso y por ningún motivo los civiles pueden estar sujetos a la jurisdicción penal militar. Los delitos castrenses solamente los pueden cometer quienes ostenten la calidad de militares en servicio activo. En efecto, para que una conducta delictiva pertenezca al ámbito del Derecho Penal Militar es necesario que el sujeto activo de la misma sea un militar, de no ser así, la conducta de toda necesidad deberá ser atípica. Ello debe ser así, ya que los bienes tutelados por la norma penal militar no pueden en ningún caso ser transgredidos por quienes no sean soldados o marinos en servicio activo. En caso de que una conducta desplegada por un civil encuadre en alguna hipótesis normativa de un delito considerado como castrense por la ley, entonces no estaremos en presencia de un tipo estrictamente de naturaleza militar. El sujeto activo en los delitos militares, sin excepción alguna debe ser un militar en servicio activo. Difiero de los autores que señalan la existencia de delitos militares impropios. Estos no son delitos de esencia estrictamente castrense. Señalemos por ejemplo el delito de Espionaje. Se encuentra tipificado tanto en el Código Penal Federal²⁸⁷ como en el Código de Justicia Militar.²⁸⁸ Puede ser cometido tanto por civiles como militares. En caso de que estos últimos sean los activos del ilícito, la pena se agrava. En mi consideración este ilícito no podrá ser considerado como delito de función militar, aunque se incluya en el código castrense. En caso de que un militar en activo intervenga en su comisión, deberá ser juzgado por los tribunales ordinarios del fuero común pero no por los órganos jurisdiccionales castrenses. Lo contrario implicaría una transgresión constitucional con lo efectos jurídicos que ello implica.

²⁸⁶ DIEZ-PICAZO Luis María. “Régimen constitucional del Poder Judicial”, Madrid: Civitas, 1991, p.38

²⁸⁷ Cfr. Código Penal Federal, artículo 128.- Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos, al mexicano que, teniendo en su poder documentos o informaciones confidenciales de un gobierno extranjero, los revele a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación Mexicana.

²⁸⁸ Cfr. Código de Justicia Militar, artículo 206.- A quien se introduzca en las plazas, fuertes, puestos militares o entre las tropas que operen en campaña, con objeto de obtener información útil al enemigo y comunicarla a éste, se le impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión.

En concordancia con el principio propuesto, la legislación castrense de Alemania, tipifica los delitos de función militares como especiales. Los sujetos activos únicamente podrán ser miembros de las Fuerzas Armadas. El artículo uno de la ley penal militar alemana, señala que los civiles nunca podrán ser autores de delitos militares, solamente partícipes.²⁸⁹ Por regla general varios países siguen esta tendencia, aunque incorporan excepciones tales como:²⁹⁰

- En los denominados “delitos militares propios”, la conducta sólo adquiere trascendencia jurídico-penal cuando es realizada por alguno de los sujetos activos con calidad de militares requerida por el tipo. En los “impropios”, esta calidad sólo agrava o atenúa un tipo penal común
- Tipos penales especiales, (terrorismo, portación ilícita de armas, injurias a las Fuerzas Armadas), son juzgados por tribunales militares aunque sean cometidos por civiles.
- Se amplía para los civiles que trabajan o acompañan a las tropas en territorio extranjero.
- También se amplía para personal civil que desempeña funciones de defensa o seguridad nacional. En efecto, se aplica a civiles que se encuentran empleados dentro de las Fuerzas Armadas, y a aquellos que cometan los delitos de traición, violación de secretos que interesan a la defensa nacional y sabotaje. También incluye otros supuestos de extensión en caso de servicio activo y en caso de guerra.
- Algunas legislaciones incorporan a la policía nacional, guarda civil o carabineros como sujetos activos de delitos de función militar.
- También los hay que consideran que los delitos del orden común que fueren cometidos por civiles o militares en tiempo de guerra o territorio declarado en ley marcial, corresponderán a la jurisdicción militar.

²⁸⁹ Cfr. Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania (Wehrstrafgesetz): Geltungsbereich (1) Dieses Gesetz gilt für Straftaten, die Soldaten der Bundeswehr begehen. (2) Es gilt auch für Straftaten, durch die militärische Vorgesetzte, die nicht Soldaten sind, ihre Pflichten verletzen. Consultado en página electrónica del Ministerio Federal de Justicia (Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz) <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wstrg/gesamt.pdf>

²⁹⁰ AZABACHE CARACCILO, César. Justicia Militar, Investigación realizada por la Fundación Myrna Mack, 1996. MINUGUA: United Nations Mission for the Verification of Human Rights and of Compliance with the Commitments of the Comprehensive Agreement on Human Rights in Guatemala. UNDP: United Nations Development Program. Págs. 30-32. <http://www.myrnamack.org.gt/index.php/caso-diario-militar>

En México el ámbito subjetivo de aplicación de la norma penal se ha restringido aún más. Por efectos de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Rosendo Radilla Pacheco. Ello provocó reformas recientes a la legislación penal militar. Se consideran delitos militares, los cometidos por militares en servicio o con motivo de actos del mismo; cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente. La parte que se adicionó fue en el sentido de excluir de la competencia militar los delitos donde el sujeto pasivo, que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva, siempre serán de orden civil.²⁹¹

Mediante resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en 1992 se estableció que los acusados de violaciones a los derechos humanos *“sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar”*²⁹²

En este sentido Zaffaroni: "El delito militar ha menester tanto de la calidad militar del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos. Si el delito militar entraña una violación al deber militar, no nos parece dudoso que la ley penal militar sólo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter. Afirmar que una persona sin estado militar puede cometer un delito militar, importa tanto como admitir que un civil pueda violar mandatos dirigidos a los militares."²⁹³

En algunos países la jurisdicción penal militar se extiende a civiles. Tal es el caso de Perú en delitos como Terrorismo o Portación Indebida de Armas Reservadas a las Fuerzas Armadas.²⁹⁴ Pero ello constituye la excepción, que

²⁹¹ Cfr. artículo 57 del Código de Justicia Militar reformado mediante decreto promulgado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de junio del 2015.

²⁹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, JUAN CAVALLERO, Ricardo, Derecho Penal Militar. Op.cit., pág. 199.

²⁹⁴ Durante regímenes autoritarios fuertemente represivos de Argentina, Chile, Perú y Paraguay, los gobiernos militares o civiles dieron entonces mayor libertad de actuación a las Fuerzas Armadas, creando mecanismos legales que permitían la participación de las Fuerzas Armadas en el orden interno y, de esa manera, brindaban garantías a la incursión militar en luchas contrainsurgentes. Cfr. Rial, Juan op.cit. pág. 48.

tiende a desaparecer.²⁹⁵ Someter a corporaciones militarizadas a la una jurisdicción especial y excepcional castrense, también se observa con la Policía Nacional del Perú y la Guardia Civil española.

Este principio resuelve el tema de los militares en situación de retiro. Cuando cesa el desempeño de la función militar, es decir, cuando concluye la relación especial de sujeción, no hay razón alguna para hacerles extensiva la jurisdicción militar ni su régimen legal exorbitante a los ciudadanos que prestaron el servicio voluntario de las armas. Ya sea por conclusión del tiempo de enganche o bien por baja, los militares retirados no deben ser sometidos ni al régimen disciplinario castrense y menos aún al penal.

c) Principio de Regularidad Constitucional y Legal.

Implica que las descripciones típicas de los delitos de función militar, deben estar contenidos en una ley en sentido formal y material. No deben configurarse en normas de rango inferior, tales como reglamentos u ordenanzas. Tampoco se deberán expedir leyes penales militares en ejercicio de facultades especiales o extraordinarias concedidas al poder ejecutivo. De toda necesidad deberán ser las asambleas nacionales o congresos de los países, es decir su poder legislativo, el que expida la legislación sobre esta materia.

Un fenómeno poco deseable pero frecuente, se ha presentado básicamente en Iberoamérica. Los códigos penales castrenses se expiden en uso de facultades excepcionales para legislar concedidas al jefe de Estado. Con el pretexto de una situación de emergencia se legisla para una época de regularidad del Estado de Derecho. No existe control democrático de este tipo de legislaciones. Su legitimidad siempre estará cuestionada.

Por lo regular los delitos militares se materializan legislativamente en un código de justicia militar. Ello no impide que en el código penal común se incorpore un capítulo específico de delitos militares. Tanto el derecho penal militar como el ordinario, comparten los principios generales de la teoría del delito. Los derechos fundamentales de orden procesal también son comunes. Comparten lo esencial y la descripción típica de los delitos de función militar puede quedar configurada en la parte especial del código penal. Por cuanto hace a las normas adjetivas, la regulación de los procedimientos penales militares puede incluirse en el código de justicia militar como título especial. También puede expedirse un código o una ley procesal penal especial;

²⁹⁵ Cfr. FABÍAN CASTRO, Gustavo y BERMEO LARA, Dolores, Coordinadores. Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010. Pág.39-40.

finalmente también se puede incorporar a la legislación procesal penal ordinaria, toda vez que comparten los mismos principios procedimentales. Solamente serían diversos los órganos de administración de justicia civil respecto de los militares. Nos referimos a los denominados Consejo de Guerra y tribunales supremos de casación o apelación que se establezcan en las distintas legislaciones.

d) Principio de Reserva Jurisdiccional Militar.

El derecho penal castrense tutela bienes jurídicamente relevantes para el Estado. Su materialización, la jurisdicción penal militar, no solamente preserva la subsistencia institucional de las Fuerzas Armadas y garantiza el eficiente cumplimiento de sus misiones. También se pretende mantener el espíritu de cuerpo, el etos militar en su conjunto.

En el proceso de procuración y administración de la justicia militar, el estamento armado debe observar que importa tanto la forma como el fondo a la hora de preservar su identidad institucional. Al permitirles a los oficiales y jefes participar en el juzgamiento de las conductas penalmente relevantes para el ámbito estrictamente castrense, legitima las resoluciones sancionadoras y se difunde un mensaje promotor de los valores militares. El proceso militar no se agota en la aplicación rigorista de las reglas de valoración de la prueba ni la exacta aplicación de la ley penal. Se debe juzgar además en conciencia, atendiendo a los rigores del servicio de las armas, basados en la experiencia y en el estilo de vida que ellos mismos adoptaron como proyecto propio.

Los procedimientos penales militares pueden ser idénticos a los civiles en las etapas de descubrimiento de investigación ministerial, policial o judicializada. Pero la etapa de juicio debe por necesidad ser diferente. El modelo de juzgamiento militar se basa en los consejos de guerra o cortes marciales. Son tribunales de conciencia sustentados no solamente en la aplicación exacta de la ley sino también en la conciencia de los miembros que lo integran. Son ellos los que deben juzgar la conducta motivo del reproche criminal. De esta manera se somete a la consideración de los vocales o integrantes de estos cuerpos colegiados las cuestiones a dilucidar respecto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución de la conducta penalmente relevante. Adicionalmente se les cuestiona respecto a la acreditación de la plena responsabilidad penal del justiciable. El resultado es un veredicto que sustenta las sentencias absolutorias o de condena. Este principio exalta la importancia que tiene el etos militar en la conciencia y criterio de quienes juzgan delitos militares. A final de cuentas, se reserva a la decisión a la conciencia y buen juicio de los militares, que se convierten en garantes de la institución a la que pertenecen.

e) Principio de Separación Castrense

Los militares en activo pueden cometer delitos del orden común. En este caso deben ser juzgados por los tribunales ordinarios. En caso de resultar penalmente responsables, deberán compurgar sus sanciones en instalaciones civiles como el resto de los reos de delitos comunes.

La axiología que sustenta los delitos militares es diferente. Los tipos penales se construyen para preservar valores jurídicos esenciales para el adecuado cumplimiento de las misiones del instituto armado, así como para preservar su identidad institucional. El militar que incurre en un ilícito netamente castrense y la sentencia que así lo determina es cosa juzgada, debe compurgar las sanciones impuestas en instalaciones reservadas exclusivamente para militares. No se trata de delincuentes comunes o reos de delitos ordinarios. Estamos en presencia de personas que comprometiendo su integridad personal, su bienestar individual y familiar, su comodidad y conveniencia, deciden voluntariamente incorporarse a las Fuerzas Armadas. En ocasiones la línea que divide la justicia militar es muy delgada y normalmente se decanta en favor de preservar bienes institucionales antes que los personales. Lo anterior sustenta la necesidad de no mezclar a delincuentes comunes con reos del orden militar. Sus orígenes son distintos y las causas de proceder ilícito tienen una etiología diversa.

Justifico la existencia de prisiones militares separadas de las destinadas a sentenciados ordinarios. En ellas a los militares se le debe permitir el uso de sus insignias que destacan sus jerarquía y rango. Aunque privados de su libertad se les deben guardar las consideraciones y respeto debidos, sin perder de vista que están privados de su libertad compurgando una condena impuesta mediante sentencia ejecutoriada.

3. El Ámbito Objetivo de los Delitos de Función Estrictamente Militares, determina la Competencia de la Jurisdicción Militar

Delitos propios e impropios ¿Cuáles son los delitos de función estrictamente militares? ¿Basta con que la conducta considerada como antijurídica militar se encuentre prevista en un código de justicia militar? La respuesta es un contundente no. La mera formalidad de su recepción en dicho texto no hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función militar. Ello sería abonar al vicio de la “toponimia legislativa”, asignar una naturaleza jurídica específica por el hecho del dispositivo legal que las configure.

Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

- a) Un militar haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley castrense. Además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).
- b) Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones y misiones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas.
- c) La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.
- d) El sujeto activo del ilícito penal militar debe ser un militar en activo. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, salvo que sean sometidos a un proceso penal militar por los hechos acaecidos cuando aún eran parte del activo.
- e) El ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses.

El hecho delictuoso de función estrictamente militar es la circunstanciación fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o normativos. El elemento subjetivo implica que solamente estarán sujetos a la jurisdicción militar quienes se encuentren en el servicio activo. Los militares retirados o el personal en situación de disponibilidad no podrán quedar sujetos al fuero castrense ni penal ni disciplinario.

El elemento objetivo debe se circunscribe a la tutela de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas, relacionados con el cumplimiento de las misiones constitucionales, el etos militar y la institucionalidad militar. El elemento normativo deberá estar referido exclusivamente a disposiciones militares expedidas por la autoridad legislativa competente.

No deben ser consideradas como delitos militares las conductas lesivas de los derechos humanos; las conductas que no afecten valores netamente militares; ni aquellas que vulneren cuestiones administrativas disciplinarias. Tampoco conductas que lesionan bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad, la libertad personal, la salud, el patrimonio, entre otros. Quedan excluidas conductas que vulneran bienes jurídicos de carácter institucional, pero que no resultan propios ni exclusivos de los institutos armados.

Los bienes que requieren tutela jurídica penal y que son relevantes para el instituto armado, evolucionan. No son estáticos, deben cambiar conforme

las necesidades del Estado lo requieran o los avances de la tecnología y la ciencia militar lo demanden. Cada generación debe determinar cuáles son los valores netamente militares que deben tutelarse por el derecho penal militar. El bien militar jurídicamente tutelado tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales de las Fuerzas Armadas. Se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se le encargan a los militares. Son infracciones a bienes jurídicos propios, particulares y relevantes para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses

El reto consiste en analizar los tipos penales actualmente considerados por la justicia militar, determinar cuáles de ellos pueden seguir siendo considerados como delitos de función propios o cuáles deben ser considerados como faltas administrativas disciplinarias. A partir de ello se podrá definir la modalidad de su juzgamiento por instancias militares o civiles.

El derecho penal militar no se reduce a un conjunto de estructuras lógico-formales, ajenas de elementos sociológico, político o ético. Forma una realidad cultural propia de cada horizonte histórico y de cada generación. Sus normas regulan y atienden hechos sociales en que participan las Fuerzas Armadas y los fines que persiguen. El legislador selecciona aquellas conductas humanas indeseables, las que pretende evitar porque niegan los valores jurídicos que busca preservar o porque su mera realización constituye un peligro para el Estado. Los valores o bienes jurídicos que tutela el derecho militar varían por épocas. Evolucionan con la sociedad y los fenómenos mundiales como la globalización. Mantienen constantes algunos, a pesar de las transformaciones.

El derecho penal militar, tiene como objeto salvaguardar bienes jurídicos de mayor trascendencia para el sostenimiento de las Instituciones Estatales. En el derecho comparado hemos localizado los siguientes: Seguridad Exterior de la Nación; Seguridad Interior de la Nación; Lealtad; Seguridad y Respeto a Población Civil; Respeto al Derecho Internacional; Existencia y Seguridad de las Fuerzas Armadas; Jerarquía y la Autoridad; Debido Ejercicio de las Funciones Militares; Honor y Decoro Militares; Administración de la Justicia Militar.

En mi opinión los únicos delitos de función estrictamente militares son: Deserción, Insubordinación y Abuso de Autoridad. Existen variantes a estos tipos penales que también pueden ser considerados como delitos de función militares. Tal es el caso de la insumisión, desobediencia, sedición, abandono de servicio, y el ataque a centinelas por mencionar algunos. Pero como se

indicó son tipos penales subordinados o derivados de los mencionados como estrictamente de naturaleza castrense.

La **deserción**²⁹⁶ significa abandonar injustificadamente el servicio de la armas. Es tradicional la expresión “abandonar las banderas” para significar que los individuos de tropa o sus oficiales se alejan de la corporación donde sirven. Esta figura delictiva tutela como bienes relevantes al espíritu de cuerpo, la lealtad, el compañerismo, el espíritu de sacrificio, el honor. Valores altamente ponderados por los integrantes de los institutos armados. El más importante de ellos es la existencia y seguridad de las Fuerzas Armadas. Se considera deserción en las siguientes hipótesis:

I.- faltar sin motivo legítimo y sin justificarla, dentro de las veinticuatro horas siguientes;

II.- faltar sin impedimento justificado por tres días consecutivos a las listas de diana y retreta de las fuerzas a que pertenezcan o a las dependencias de que formen parte;

III.- los marineros que se queden en tierra a la salida del buque a que pertenezcan, siempre que tuvieren oportuno conocimiento de ella, o faltaren por tres días consecutivos a bordo del barco, y

IV.- cuando se separen sin permiso del superior que tenga facultad para concederlo, del campamento o guarnición.

La **insubordinación**²⁹⁷ consiste en faltar a la sujeción, orden, mando o dominio de un superior jerárquico o de quien por cuestiones de trabajo ejerza un mando de hecho o de derecho. Comete este delito el militar que con palabras, ademanes, señas, gestos o de cualquier otra manera, falte al respeto o sujeción debidos a un superior que porte sus insignias o a quien conozca o deba conocer. La insubordinación puede cometerse con vías de hecho causando lesiones o la muerte a un superior. Este tipo penal tutela la jerarquía militar, la escala de mando y la autoridad que legítimamente ejercen los oficiales y jefes con mando.

²⁹⁶ Cfr. Código de Justicia Militar de México, artículos 255 al 275 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> , publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933

²⁹⁷ Cfr. Código de Justicia Militar de México, artículos 283 al 292. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> , publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933.

El **abuso de autoridad militar**²⁹⁸ se materializa cuando un superior jerárquico trate a un inferior de un modo contrario a las prescripciones legales. El superior que diere órdenes de interés personal a un inferior, estorbare sin motivo justificado la ejecución de las que éste hubiere dado en uso de sus facultades, le impidiese de cualquier modo el cumplimiento de sus deberes, le exigiese el de actos que no tengan relación con el servicio o que de cualquiera manera le hiciere contraer obligaciones que sean en perjuicio del desempeño de sus deberes. También comete este ilícito, el superior que impidiera a uno o varios inferiores que formulen, retiren o prosigan sus quejas o reclamaciones, amenazándolos o valiéndose de otros medios ilícitos, o que hiciere desaparecer una queja, petición, reclamación o cualquier documento militar, o se negare a darles curso o a proveer en ellos, o a expedir a un individuo de tropa, la certificación de cumplido teniendo el deber de hacerlo. Al que se extralimite en el derecho de imponer castigos correccionales, aplicando los que no estén permitidos por la ley o haciendo sufrir los que lo estén, al que sea inocente, o excediéndose en los que en la misma ley estén señalados de un modo expreso respecto de la falta de que se trate. El que insulte a un inferior o procure inducirlo a una acción degradante o a una infracción legal. Finalmente el superior que infiera golpes o de cualquiera otra manera maltrate de obra a un inferior sin lesionarlo.

Según Azabache Caracciolo, “el ámbito competencial de la jurisdicción militar debe establecerse en directa relación con la razón de ser de la existencia de la jurisdicción militar. La cual a su vez está determinada por la necesidad de mantener a los Ejércitos y a los medios materiales con los que cuentan con una eficaz organización en orden al cumplimiento de los fines que le han sido asignados por los textos constitucionales. En este sentido, la Sala Española Especial de Conflictos indicó: "La doctrina científica más moderna y el derecho comparado recortan las competencias de la jurisdicción militar, para limitarlas a la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumentos de la defensa nacional; por ello, en sentido estricto, y con relación a los hechos, la limitación vendrá impuesta por las infracciones que cometan militares, entre militares, y con referencia a las actuaciones de la profesión militar."²⁹⁹

La codificación penal militar no debe ser un largo catálogo de conductas que interesan a las corporaciones militares. Basta con tipificar

²⁹⁸ Cfr. Código de Justicia Militar de México, artículos 294 al 299. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> , publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933

²⁹⁹ Cfr. AZABACHE CARACCILO, César. Justicia Militar, op.cit. pág. 43.

cuidadosamente las tres conductas configurativas de delitos de función estrictamente castrense y sus variantes de comisión.

4. Jurisdicción Militar en Tiempo de Paz

La actividad militar se desarrolla en dos grandes momentos: la guerra y la paz. La misión que le es propia a todos los ejércitos, para la cual históricamente fueron creados, es la guerra. La actuación de las Fuerzas Armadas, se justifica plenamente en tiempo de guerra formal, cuando los conflictos internos o externos, trastocan el orden jurídico del Estado y lo que está en juego es la subsistencia misma de este. Pero ello es una situación excepcional que se presenta cada vez menos, no porque los conflictos hayan desaparecido, sino porque el concepto de guerra formal, ha variado sustancialmente. En efecto, las declaraciones de guerra entre Estados, parecen ser cosa del pasado. Hoy en día las acciones de guerra tienen una connotación diferente, ya que se inician sin declaración alguna, lo que las ubica más en situaciones de hecho que de derecho.

Sin duda los ejércitos se justifican plenamente en circunstancia de guerra, pero en tiempo de paz, ¿cuál deberá ser la función de las Fuerzas Armadas? La primera respuesta surge de inmediato: “*Si vis pacem, para bellum*”, máxima latina que significa: Si quieres la paz, prepara la guerra. En tiempo de paz los ejércitos deben adiestrarse para la guerra y estar disciplinados y alertas para enfrentar cualquier tipo de conflicto bélico. Tal parece que esta es la función que les asigna la Constitución mexicana, ya que en su artículo 129³⁰⁰, dispone que en tiempo de paz el ejército debe quedarse en sus cuarteles y estos ubicarse fuera de las poblaciones civiles.

Sin embargo esto no es así, ya que las Fuerzas Armadas en tiempo de paz, están legitimadas para ejercer funciones que rebasan la exacta conexión con la disciplina militar. En estado de guerra, no habría duda de la necesidad de su actuar. Será necesario precisar qué debe entenderse por tiempo de paz, a efecto de poder analizar el ejercicio de la función jurisdiccional militar en materia penal. Planteado de otra manera, ¿se justifica una jurisdicción penal militar en tiempo de paz? y en caso afirmativo ¿cuál debe ser su alcance y cuáles sus límites?

³⁰⁰ Artículo 129 Constitución mexicana: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del gobierno de la unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.” Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

En la investigación sobre la justicia militar de la Fundación Mack Chang se menciona que “tradicionalmente, se ha dado un tratamiento diverso al derecho penal militar dependiendo si éste debe regir en tiempos de guerra o en tiempos de paz. Esta clasificación obedece a que el contenido de injusto del hecho es mayor en tiempos de guerra, cuando el peligro de destrucción masiva de bienes jurídicos es efectivo y presente, que en tiempos de paz, cuando consiste en una amenaza y se trata más bien de prevenir la guerra.”³⁰¹

Las sanciones a los delitos castrenses se agravan en situación de guerra. Ello es generalizado en todas las legislaciones consultadas para este trabajo, ya sean europeas³⁰² o iberoamericanas.³⁰³

Como lo afirma Mera Figueroa, “el tema de la justificación de la jurisdicción penal militar en tiempo de guerra es otro asunto, por lo que el debate sobre el mismo se sustenta en argumentos de distinta índole. Tanto es así, que incluso en los países donde se ha suprimido esta jurisdicción para el tiempo de paz, se mantiene para el tiempo de guerra. Asimismo las restricciones que en otros sistemas se establecen para dicha jurisdicción – juzgamiento sólo de delitos militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas- rigen únicamente en tiempo de paz.”³⁰⁴

La consideración de Zaffaroni al respecto es en el sentido de que: “la lesión o el peligro que genera el delito en el primer caso es necesariamente de mayor gravedad que el que provoca el segundo, dado que en el primero debilita o neutraliza una defensa institucional frente a la actualidad de una necesidad terrible, en tanto que en el segundo sólo debilita o neutraliza una mera prevención de la misma.”³⁰⁵

³⁰¹ Cfr. AZABACHE CARACCILO, César. Justicia Militar, op.cit. pág. 43.

³⁰² Ibid. Pags. 28-32.

³⁰³ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 36-37.

³⁰⁴ Cfr. MERA FIGUEROA, Jorge. “Razones Justificadoras y Ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz. Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 1998, pág. 24.

³⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y Ricardo JUAN CAVALLERO. Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General. Ediciones Jurídicas Ariel. Buenos Aires, 1980. Pág. 54.

Diversos autores señalan que la esencia del derecho penal militar es la guerra.³⁰⁶ La necesidad de crear y mantener un cuerpo técnico que en tiempo de paz, generalmente, tiene un carácter preventivo y en tiempo de guerra asume carácter defensivo. En esta misión de defensa del ejército, el derecho penal militar es un instrumento para facilitarla. Cualquier disposición que no se encuentre encaminada a ayudar a las Fuerzas Armadas en su cometido Constitucional es ilegítima y arbitraria. Por tanto, sólo pueden ser objeto del Derecho Penal Militar aquellas conductas que se relacionen directamente con la función de las Fuerzas Armadas de velar por la seguridad del Estado.

Ahora bien, la guerra es la excepción y el tiempo de paz la regla. ¿Cómo definir el tiempo de paz? Lo más simple sería considerar que no habiendo un estado de guerra, estamos en tiempo de paz. Este argumento de blanco o negro, resulta poco adecuado por simplista e impreciso; ahondemos más apoyando esta reflexión en la Constitución mexicana. Claramente establece los procedimientos que conducen a una situación de guerra. El artículo 73 constitucional dispone que el Congreso de la Unión tiene facultad, fracción XII, para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el ejecutivo. El artículo 89 fracción VIII constitucional establece que una de las facultades y obligaciones del Presidente de la República, consiste en declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión. La única vez que México ha declarado “el estado de guerra” fue el 28 de mayo de 1942, por el presidente Manuel Ávila Camacho informando que México declara la guerra a las potencias del Eje.³⁰⁷

En la actualidad las declaraciones formales de guerra parecen cosa del pasado. Pero qué sucede con las operaciones para el mantenimiento de la paz, coordinadas por la Organización de las Naciones Unidas. Aunque formalmente se busque la paz, la situación es de virtual estado de guerra. Independientemente de lo anterior, no podemos definir la paz, simplemente por la ausencia de guerra, ya que aun en épocas de aparente normalidad jurídica, se presentan conflictos tanto internos como externos, donde intervienen las Fuerzas Armadas, que en todo caso pueden provocar el funcionamiento de la jurisdicción militar. En efecto, la constitución considera el estado de guerra con potencias extranjera, pero no considera la posibilidad de una guerra civil interior, para determinar el tiempo de paz. En caso de sublevaciones internas o rompimientos graves del orden público, tal como lo

³⁰⁶ Cfr. MERA, Jorge. Hacia una Reforma de la Justicia Militar. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 13. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2002

³⁰⁷ Cfr. <http://www.biblioteca.tv/>, versión del discurso del presidente mexicano declarando la guerra a Alemania, Japón e Italia.

previenen los artículos 119³⁰⁸ y 136³⁰⁹ de la Constitución mexicana, resulta evidente que no existen condiciones de paz. Finalmente en caso de suspensión de derechos humanos y sus garantías en términos de lo dispuesto por el artículo 29 constitucional³¹⁰, tampoco estaríamos en situación de normalidad jurídica y por ende no serían tiempos de paz.

Partiendo de estas consideraciones, podemos definir el tiempo de paz como un período de normalidad jurídica y política, de vigencia del estado de

³⁰⁸ Cfr. Artículo 119. Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o transtorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecutivo, si aquélla no estuviere reunida.

³⁰⁹ Cfr. Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

³¹⁰ Cfr. Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

derecho y plena actuación de las instituciones del estado, cuya operatividad y funcionalidad no se encuentre impedida ni rebasada por factores externos, lo que se manifiesta en la vigencia y el respeto, al menos formal, de los derechos fundamentales de los habitantes, que no deben estar limitados ni suspendidos. De esta manera se excluye del tiempo de paz los estados de sitio, excepción, toques de queda, suspensión de garantías individuales y demás similares, toda vez que en estas situaciones, aunque previstas por las constituciones, se restringen, aunque sea de manera temporal, los derechos fundamentales.

La Constitución mexicana tiene prevista la suspensión de Derechos Humanos para hacer frente a situaciones de emergencia nacional. La pregunta necesaria, en los casos señalados por el mandato constitucional, ¿se justificaría ampliar la jurisdicción penal militar a los civiles? Claramente se advierte que los derechos fundamentales que sean obstáculo para hacer frente a la situación de emergencia pueden ser suspendidos. Por lo que considero que no se puede hacer extensiva la jurisdicción militar a los civiles ni aun en casos de emergencia.

Diferente tratamiento y consideración merece la hipótesis prevista en el artículo 119 constitucional. Por el contrario, en los casos de emergencias, como los previstos por el artículo 119 constitucional, aunque existan graves afectaciones al orden público, los derechos constitucionales se encuentran en plena vigencia, aunque se requiera la intervención de los poderes federales para restablecer el orden. En este caso nos encontramos en tiempo de paz, aunque con alteración del orden público, pero gozando una situación de plena vigencia de los derechos fundamentales.

Esta situación presupone que las autoridades locales, han sido rebasadas en su capacidad de actuación y son incapaces de mantener el orden público. Por ello recurren a las autoridades federales, a efecto de solicitar la ayuda necesaria para hacer frente al estado de emergencia o de alarma como se denomina en otras legislaciones. Dentro de las medidas al alcance de la federación, está el uso de sus Fuerzas Armadas, para mantener la seguridad interior y defensa exterior del país. Considero que en este caso la jurisdicción penal militar tampoco se puede ampliar a los civiles, toda vez que se encuentran vigentes todos los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Finalmente el artículo 136 constitucional considera la posibilidad de una situación de revolución o trastorno interno. En este caso estamos ante un fenómeno de quebrantamiento constitucional, que prácticamente se equipara a un estado de guerra, por lo que en estos casos, sí podría ampliarse la jurisdicción penal militar a los civiles, toda vez que nos encontramos ante

situaciones de hecho, donde el derecho y las instituciones constitucionales, se han colapsado y dejado de cumplir su función.

¿Se Justifica la existencia de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz? A primera vista, esta jurisdicción es sospechosa de infringir los principios de igualdad ante la ley, de acceso universal a la justicia, de unidad jurisdiccional, de independencia e imparcialidad e incluso el de división de poderes. Más aún, existe el precedente impuesto por Francia y Alemania, que han desaparecido el fuero militar en tiempo de paz, aunque lo conservan en caso de guerra u operaciones militares en el extranjero. Por ello, cualquier justificación que se ofrezca del fuero castrense debe desvanecer las sospechas y justificar ampliamente la necesidad de su mantenimiento dentro del orden jurídico mexicano, para el tiempo de paz.

Nadie discute que las funciones asignadas a las Fuerzas Armadas, tales como la defensa interior y exterior del Estado mediante el empleo de las armas, las configuran como una institución con características particulares. Es más la subsistencia misma del Estado depende de que desarrollen estas funciones de manera eficiente y eficaz. Por ello, se ha sostenido que la razón justificadora de todas las particularidades y excepciones que distinguen al marco normativo de las Fuerzas Armadas, es la misión que les asigna la Constitución, es decir la seguridad interior y defensa exterior del Estado y la efectividad con que la desempeñen. Partiendo de esta base, se debieran analizar las peculiaridades de la legislación y organización militar e interrogarnos sobre su entronque con la referida misión de las Fuerzas Armadas. Si sirven a ésta no cabrán dudas de su legitimidad constitucional; por el contrario, si la defensa nacional se garantiza sin ese elemento diferencial, entonces lo conveniente sería eliminar tal especialidad.

En el caso de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, no parece ser necesaria para la defensa nacional, ya que también puede administrarse por los tribunales civiles. El interés corporativo de mantener la indispensable disciplina y obediencia, así como la normalidad y eficacia del servicio militar, se cumple satisfactoriamente mediante el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria a cargo de las propias Fuerzas Armadas. Además, la administración de justicia militar penal en sede ejecutiva y a cargo de las corporaciones castrenses, rompe con el principio de división de poderes. En efecto, la justicia militar es ejercida por funcionarios pertenecientes a la jerarquía militar, subordinadas de las instituciones militares. En tal caso, las Fuerzas Armadas, como tales, asumen la función judicial que no les corresponde, puesto que ellas forman parte de la administración pública, correspondiéndoles sólo el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria sobre sus miembros.

Distinta es la situación en los sistemas donde la jurisdicción militar se ha judicializado, siendo ejercida por jueces que aunque vinculados a las instituciones castrenses, como por ejemplo militares retirados, o incluso pertenecientes a ellas, gozan de verdadera independencia respecto del mando militar. La justificación de su existencia como jueces especializados, se sustenta con su aporte técnico en el juzgamiento de delitos propiamente militares. Cosa distinta es que, aun en estos casos, incluso una jurisdicción militar así judicializada, siga planteando problemas desde el punto de vista del derecho de los acusados criminalmente, en este caso militares a quienes se atribuye la comisión de un delito militar, a ser juzgados por un tribunal, no ya independiente, sino además, imparcial, toda vez que en tales casos, podría existir razonablemente un temor de sospecha de parcialidad por parte de los imputados respecto de jueces que exhiben algún grado de identificación o compromiso con los valores e intereses castrenses supuestamente afectados por dichos imputados.

En la opinión de Jorge Mera, “un acto militar considerado como culpable debe necesariamente violentar el bien jurídico protegido, que nace de la función destinada a cumplir los miembros de las Fuerzas Armadas, como es velar por la seguridad externa de los países. La esencia del Derecho Penal Militar está referida a la guerra y por lo tanto es cuestionable que los delitos cometidos en tiempos de paz afecten esencialmente a la eficacia del bien jurídico protegido, más cuando son de naturaleza disciplinaria y de obediencia, las que podrían ser abordadas por los reglamentos respectivos, así como por la propia justicia penal civil.”³¹¹

Como se ha podido observar de las posturas de diversos autores y de las reflexiones de este epígrafe, la legitimidad de la justicia militar en tiempo de paz es cuestionada. Esta justificación existe con plenitud únicamente en tiempos de guerra o en el caso de tropas operando fuera del territorio nacional, para juzgar delitos estrictamente militares cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas. Este criterio, inicialmente impulsado por Francia³¹² y

³¹¹ MERA, Jorge. *Hacia una Reforma de la Justicia Militar*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 13. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2002

³¹² En Francia, los tribunales militares en tiempo de paz solamente son competentes para conocer hechos delictuosos en relación con Fuerzas Armadas que operan fuera de su territorio y en tiempo de guerra conoce de los delitos contra la Seguridad del Estado y de toda lesión sufrida en sus personas o bienes por los ciudadanos franceses causados por los enemigos o sus agentes. Cfr. AZABACHE CARACCILO, César. *Justicia Militar*, op.cit. pág. 43.

Alemania³¹³, avanza en Europa y América, donde Argentina y Guatemala lo han adoptado. En Iberoamérica Colombia, Perú y México, mantienen la jurisdicción militar para el tiempo de paz.³¹⁴

Se aprecia de la investigación de la Fundación Mack Chan que “la legislación española somete a la Jurisdicción Militar en tiempo de Paz únicamente los delitos y faltas cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, tipificados en el Código Penal Militar, "aquellos que afectan intereses estrictamente militares". Durante el estado de sitio, corresponde al Congreso determinar para qué supuestos se amplía la Jurisdicción Militar. Finalmente, ésta es competente en caso de presencia de las Fuerzas Armadas fuera del territorio nacional.”³¹⁵

La explicación la encuentro en que la evolución democrática de los Estados y en la consolidación de sus sistemas políticos. Donde los pesos y contrapesos de los factores de poder se encuentran equilibrados, la tendencia es hacia la supresión de los tribunales penales castrenses. Solamente se restablecen en época de guerra o se mantienen durante operaciones militares fuera de los territorios nacionales, verbigracia en las operaciones para el mantenimiento de la paz.

La decisión de mantener la justicia castrense es esencialmente de orden político. No debe soslayarse el desarrollo particular de las instituciones especialmente las Fuerzas Armadas en cada país. Cada caso resulta diferente y las razones para mantener tribunales castrenses en tiempo de paz varían en cada Estado. Para el caso particular de México, tema central de esta tesis, considero que en el presente horizonte histórico deben mantenerse. Justificaré esta afirmación en el capítulo segundo de esta tesis.

³¹³ La legislación castrense alemana establece que los tribunales militares únicamente podrán ejercer jurisdicción en los siguientes casos: si existe necesidad de defensa (Estado de Sitio o de Guerra); si los miembros de las Fuerzas Armadas han sido enviados al extranjero o se encuentran embarcados en navíos de guerra. Cfr. Ley Penal Militar de la República Federal de Alemania (Wehrstrafgesetz). Consultado en página electrónica del Ministerio Federal de Justicia (Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz) <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wstrg/gesamt.pdf>

³¹⁴ Cfr. BERMEO LARA, Dolores et al., “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina”. Op.cit. págs. 53-90.

³¹⁵ Cfr. AZABACHE CARACIOLO, César. Justicia Militar, op.cit. pág. 45.

5. Principios rectores de la Administración de Justicia Militar

La potestad jurisdiccional se legitima por la observancia en su configuración constitucional, legal, orgánica y procesal de ciertos principios. Nos referimos a los de exclusividad, unidad jurisdiccional, independencia, inamovilidad, imparcialidad, legalidad, objetividad, publicidad, igualdad de armas, gratuidad, responsabilidad. Hay coincidencia plena en cuanto a su necesidad imprescindible en toda actividad judicial. Se reconocen a nivel constitucional para asegurar directamente el cumplimiento de los fines propios de la jurisdicción y cuyo superior rango normativo permite una tutela jurisdiccional efectiva.

La jurisdicción penal militar debe estar sujeta a las mismas garantías constitucionales que rodean la potestad jurisdiccional común. Ese debe ser el ideal. Sin embargo, el grado de respeto a los principios mencionados es variable, dependiendo del modelo de configuración constitucional de las Fuerzas Armadas y de la judicatura militar. La propia Constitución puede establecer excepciones al principio de unidad jurisdiccional y lo hace sobre la base de admitir la existencia de tribunales especiales, creados por mandato de la propia Constitución. Dentro de esta excepción al principio mencionado se ha ubicado tradicionalmente a los tribunales militares.

La estructura de la administración de justicia militar y la sede donde se ubique serán condicionantes del cumplimiento de las garantías orgánicas y procesales, para una adecuada impartición de justicia. En efecto, los tribunales militares pueden ubicarse dentro del Poder Ejecutivo o del Judicial. De ello dependerá que los principios rectores de toda administración de justicia se respeten en la administración de justicia castrense en mayor o menor medida. Analizaremos estos principios en su conjunto y luego en referencia a la justicia militar.

El **principio de exclusividad jurisdiccional** presenta una dimensión positiva y otra negativa. La primera se refiere a las relaciones de la jurisdicción con los otros poderes del Estado, y las posibles interferencias de esos otros poderes, especialmente del Ejecutivo, en el ejercicio de la función jurisdiccional, conduce al tema de la reserva de jurisdicción que se identifica con el principio de exclusividad en sentido positivo. En ese orden la potestad jurisdiccional está constitucionalmente reservada al Poder Judicial, o si se prefiere, sólo los juzgados y tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional. Desde una dimensión negativa supone que los miembros del

Poder Judicial no pueden realizar otras funciones que no sean las limitadas estrictamente al ejercicio de la potestad jurisdiccional.³¹⁶

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, es un Derecho Humano fundamental para garantizar la independencia e imparcialidad de la actividad jurisdiccional. La predeterminación por la ley del órgano jurisdiccional significa que por mandato de ley, con generalidad y anterioridad al caso, se deben fijar los criterios de determinación competenciales con cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juez o tribunal llamado a conocer del caso. Se pretende preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, constitución, competencia y composición de los órganos jurisdiccionales con el fin de asegurar la plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.³¹⁷ Con ello se impide la designación de jueces *ad personam* o *ad causam*. Desde esta perspectiva, tampoco es constitucionalmente posible plantear la existencia de tribunales de excepción o *ad hoc* que, ello supondría una vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado legalmente.

El principio de “**unidad jurisdiccional**” entraña la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad y de conformidad con unas normas de competencia y procedimentales previamente establecidas por las leyes de carácter general. En definitiva, se trata de que no exista una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria”.³¹⁸ En la medida en que los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, son funcionarios independientes y sometidos a la ley y al derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda conferir a otro cuerpo de funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada.

³¹⁶ Cfr. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. La Exclusividad y la Unidad Jurisdiccionales como Principios Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 113, mayo-agosto 2005. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=113>

³¹⁷ Cfr. Idem.

³¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Marco Constitucional. La Jurisdicción Militar: Su organización y Competencia. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. 1992. Pág. 24, citado por CHOCRÓN GIRÁLDEZ op.cit.

El principio de unidad jurisdiccional garantiza directamente la **independencia e imparcialidad** de los jueces. Asimismo materializa el **principio de legalidad**, toda vez que estos están sujetos únicamente a la ley y conforman una organización única, en la que todos los órganos judiciales están sometidos a un mismo régimen jurídico. Esta independencia se cristaliza a su vez, en las garantías de **inamovilidad y estabilidad** en el ejercicio de la judicatura.

Si no se cumple con estos principios orgánicos mínimos la jurisdicción militar opera fuera de los requisitos del Estado Social y Democrático de Derecho. En principio parecería una afirmación inobjetable. Sin embargo no debemos soslayar que la materia militar tiene fines que se apartan de la ortodoxia jurídica. Las tensiones en las relaciones civiles militares, han impuesto controles a las Fuerzas Armadas. El control jurisdiccional es uno de ellos. En algunos países también se le ha cedido ese espacio al estamento militar para atemperar sus impulsos de factor de poder.

La jurisdicción militar es considerada por varias legislaciones, entre estas la de España³¹⁹ y México³²⁰, como una excepción al principio de unidad jurisdiccional. En este sentido Rodríguez-Zapata Pérez señala que “la previsión de la existencia de una jurisdicción militar se configura como una excepción al principio de unidad jurisdiccional, aunque en los términos estrictos que voy a exponer. La jurisdicción militar existe en nuestro ordenamiento constitucional, y existe por una previsión explícita del poder constituyente. Entre los argumentos a favor de la institución se encuentra por ello, y en primer lugar, el de la opción por la subsistencia de la misma, que efectúa la propia norma constitucional.”³²¹ “Resulta innegable para cualquier jurista que el principio de unidad jurisdiccional es compatible constitucionalmente con el ejercicio de una jurisdicción militar.”³²² “La

³¹⁹ El artículo 117.5 de la Constitución española dispone: El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

³²⁰ El artículo 13 de la Constitución mexicana dispone: Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

³²¹ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, *La Jurisdicción Militar en el artículo 117.5 de la Constitución*. LERKO PRINT, S. A., Madrid, 2006, Pág. 19

³²² Idem, pág. 20

Constitución reconoce la jurisdicción militar tanto desde el punto de vista organizativo y personal como desde el punto de vista funcional. La Constitución no prescribe que esa realidad jurídica desaparezca, sino únicamente que se acomode a los principios de la Constitución y se restrinja en su ámbito de actuación. Ambos mandatos son compatibles, con una planta orgánica de tribunales castrenses servidos por personas no integradas formalmente en el poder judicial del Estado y en ejercicio de una función que atienda a las peculiaridades militares.”³²³

“Una justicia militar en la que quienes la administran no dependan únicamente de la Constitución y de la Ley no merecería el nombre de jurisdicción, por lo que “*justice under fire*” o justicia de guerra tradicional es claramente inconstitucional. Sin embargo, si se acomoda a los principios de la Constitución, un modelo orgánico de jurisdicción militar no integrado en el poder judicial ordinario sí es compatible con la Constitución, incluso –como se dirá– si en aras del arquetipo tradicional sigue estructurándose, en algunos Tribunales y para determinados casos, con un modelo mixto en el que se mezclan los Vocales togados y los Vocales militares.”³²⁴

Aunque la previsión de “la existencia de una jurisdicción militar se configura como una excepción al principio de unidad jurisdiccional y la jurisdicción militar no esté incardinada en el Poder Judicial, sí ejerce jurisdicción en la materia específica que la Constitución y las leyes de Derecho militar le confieren.”³²⁵

La jurisdicción militar debe operar como una jurisdicción auténtica, pero necesariamente limitada a su ámbito restrictivo, y adecuada a los principios constitucionales. En ello consiste la **garantía institucional** para la jurisdicción militar. El legislador de toda necesidad deberá adecuarla a los principios de la Constitución y restringirla al ámbito estrictamente castrense.

Los perfiles definidores de la jurisdicción militar no pueden ser arrastrados por el legislador ordinario. “El contenido de dicha garantía institucional, se debe referir exclusivamente a diversos aspectos procesales (derechos de audiencia, garantía judicial efectiva, doble instancia etc.) y

³²³ Idem, pág. 21

³²⁴ Idem, pág.23

³²⁵ GIL GARCÍA, Olga, La jurisdicción militar en la época constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 61.

sustantivos (eliminación de la pena de muerte en tiempos de paz) y no a los aspectos orgánicos.”³²⁶ La Constitución acepta la existencia de la jurisdicción militar, pero corresponde al legislador secundario determinar su ámbito de aplicación y los principios que la rijan, de acuerdo con la Constitución.

Hay una justificación adicional para el mantenimiento de la jurisdicción militar que apunta Rodríguez-Zapata Pérez: “La existencia de la jurisdicción castrense no se justifica sólo en razones de mayor eficacia o de mantenimiento de la disciplina, jerarquía y correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, rasgos más destacados de elle en nuestra jurisprudencia constitucional. Es necesaria, a mi juicio, la presencia de órganos jurisdiccionales castrenses que actúen en territorio extranjero, allá donde operen nuestros Ejércitos y esa función no la pueden realizar, por definición, los órganos de la jurisdicción ordinaria.”³²⁷

La jurisdicción militar no es el único caso en que órganos no incardinados en el Poder Judicial ejercen jurisdicción. En México ello ocurre con los tribunales agrarios, las juntas de conciliación y arbitraje, el tribunal contencioso administrativo y el tribunal federal de conciliación y arbitraje. Todos estos órganos jurisdiccionales se ubican en sede ejecutiva, al igual que los tribunales militares. España no es la excepción, como ocurre con el propio Tribunal Constitucional.

No obstante el ámbito estrictamente castrense de la jurisdicción militar al final del proceso judicial se logra la consecución del principio de unidad jurisdiccional “*a posteriori*”. En efecto, en México el Juicio de Amparo, procedimiento especial para reclamar actos de la autoridad judicial violatorios de la Constitución, se convierte en la instancia final que decide el fondo de toda controversia jurisdiccional. De esta forma el vértice de la jurisdicción militar es común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense.

La jurisdicción militar también puede respetar los principios de legitimidad jurisdiccional, brindando una tutela judicial efectiva, respetando los Derechos Humanos de los justiciables. En los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar son plenamente exigibles los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías y

³²⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, op. cit., en la página 27 cita a R. PARADA, “Réquiem por la Justicia militar”.

³²⁷ Idem, pág. 28.

derechos, que toda persona tiene a que su causa sea oída y vista por un tribunal independiente e imparcial.

En opinión de Rodríguez-Zapata Pérez, “el principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el *status* que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas.”³²⁸ Las exigencias de imparcialidad del juez, objetiva y subjetiva, son exigibles a los jueces militares igual que a los jueces y tribunales pertenecientes al Poder Judicial.³²⁹

En la investigación de la Fundación Mack Chang sobre justicia militar se indica que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en el caso Piersack consideró se había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El tribunal declaró: "es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podría ser sometida a duda ... por tanto, en orden a que los tribunales puedan inspirar la confianza que es indispensable, es preciso tener en cuenta un criterio de carácter orgánico ... En otro caso, los ciudadanos tienen derecho a temer que no ofrezcan las suficientes garantías de imparcialidad. En suma lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática".³³⁰

Se colige de lo anterior que basta con que se configure una organización de la que se pueda legítimamente dudar de su imparcialidad, para que se considere violado el derecho a un juez independiente e imparcial. Sin que se deba demostrar su parcialidad en el caso concreto.

Con independencia de que los tribunales castrense se ubiquen en sede ejecutiva, lo esencial para legitimar su actuación es que se configuren como órgano judicial independiente incorporando al ejercicio de la función jurisdiccional a juristas de reconocido prestigio y respetabilidad. Cualquiera que sea la procedencia o nombramiento del juez o magistrado militar, aún

³²⁸ Idem, pág. 37.

³²⁹ Cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Castillo Algar contra España (28 de octubre de 1998) y Perote Pellón contra España (25 de julio de 2002) en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>

³³⁰ Cfr. AZABACHE CARACCILO, César. Justicia Militar, Investigación realizada por la Fundación Myrna Mack, pág. 42.

política, su cualificación como tal depende de su plena independencia frente a los poderes públicos y de su imparcialidad. La clave es la idoneidad profesional. Para ello debe conocer al estamento militar y las particularidades de su marco normativo, sin importar que sea civil o militar en retiro. Sin embargo, los juzgadores militares, no deben ser militares en activo, toda vez que esto viola la independencia y la autonomía judiciales.

La justicia militar transita por un camino difícil y lleno de obstáculos. Su punto de partida fue la justicia de mando. Quien manda juzga y quien juzga manda. Si se equivoca vuelve a mandar y a juzgar. Los órganos de administración y procuración de la justicia castrense se ubicaban en sede ejecutiva y era ajeno a los principios y garantías constitucionales que hemos apuntado. Su evolución ha pasado por la judicialización de la justicia penal militar, es decir trasladar los órganos del fuero castrense al Poder Judicial, hasta llegar a su desaparición, como en Alemania, Argentina y Francia. La tendencia ha sido despojar a los mandos militares de la función juzgadora.

Sin embargo este hecho que he observado, debe considerarse con reservas, toda vez que la actividad jurisdiccional castrense, tiene fines meta jurídicos. Como lo he sostenido en los primeros epígrafes de este trabajo, en varios países sobre todo en Iberoamérica funciona como un medio de control y contrapeso al destacado papel político que juegan las Fuerzas Armadas.

F. PROPUESTA DE ESCENARIOS PARA LA JUDICATURA MILITAR

Analizar desde una perspectiva comparada la configuración de la judicatura militar, permite determinar la tendencia en el desarrollo de sus instituciones y pronosticar su devenir. En un mundo tan interrelacionado es imposible mantenerse ajeno a las tendencias internacionales que se imponen a la justicia militar. Actualmente el respeto a los derechos humanos, a los principios que rigen la función jurisdiccional y a los valores democráticos, son los parámetros que se imponen a la actuación de las Fuerzas Armadas y por ende a la justicia militar y a sus órganos jurisdiccionales.

Se ha definido al derecho comparado como “la ciencia que provoca un continuo acercamiento entre legislaciones sujetas a comparación y extrae de su aparente diversidad, el fondo común de las instituciones y de los conceptos que en ellas existe latente, recogiendo así un conjunto de principios comunes que permita como una lejana perspectiva, la consiguiente unificación del derecho.”³³¹ La investigación comparativa, que realizaremos en este capítulo

³³¹ SARFATTI, Mario. “Introducción al Estudio del Derecho Comparado”. Primera edición: abril de 1945. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de

de la tesis, busca penetrar en la jurisdicción militar como institución jurídica, para elaborar un marco general que permita configurar los principales modelos de organización de la jurisdicción militar en la experiencia comparada, haciendo hincapié en las tendencias que los definen. En la línea de Mario Sarfatti, “lo que importa para proceder del mejor modo a un estudio comparativo entre las legislaciones modernas es que se haga este recaer sobre cuerpos de derecho que representan sistemas originales, pertenezcan al mismo estadio de cultura y tengan entre sí analogía de ambiente.”³³² En este sentido, se pueden identificar algunas tendencias en la configuración constitucional y legal de las Fuerzas Armadas y su sistema de justicia castrense.

En primer término, la legislación militar, no fue ajena a la tendencia apuntada por Sarfatti, en materia de derecho público, cuya implementación se produjo en el siglo XIX por rápida imitación de Estado a Estado; “pero actualmente las diversas corrientes políticas acentuadas en la post guerra (1945), tienden más bien a decidir las instituciones de origen netamente nacional y aquellas otras que no representan más que una superposición artificiosa no adaptada a las exigencias locales, acentuándose por esto la divergencia recíproca entre las legislaciones.”³³³ El desarrollo geopolítico de Iberoamérica, Europa y Estados Unidos de América, y la particular situación de cada país en cuestiones militares, imprimen requerimientos especiales a la justicia militar.

Deseamos proponer una clasificación especial para esta institución jurídica, con base en sus particularidades. Proponer categorías y modelos que reflejen particularmente a la justicia militar contemporánea. A partir de ello buscaremos identificar los problemas comunes y la agenda de desarrollo de esta especialidad, lo que se hará en el siguiente epígrafe de este trabajo doctoral.

Jiménez Villarejo señala que "conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad, mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo -cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación con el poder civil- es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de

México; serie de monografías, núm. 2, págs. 70 y 71;
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=632>

³³² SARFATTI, Mario, op. cit. p. 88.

³³³ SARFATTI, Mario, op. cit. p. 84-85

carácter fundamentalmente sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores -entre ellos, con marcado relieve, la disciplina- definidos y vividos como indispensables para la eficacia e incluso para la propia existencia de la institución castrense. La especialidad de este ordenamiento se ha subrayado, en no pocas ocasiones, con tanta fuerza que se ha rechazado la posibilidad de que su interpretación y aplicación se realice desde una instancia jurídica ajena a los ejércitos". Agrega el referido autor que en el derecho militar histórico de su país no existía una clara línea delimitadora entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito sancionador, ni en lo sustantivo ni en los procedimientos de actuación en cada uno, así como tampoco en cuanto a los órganos encargados de su aplicación." Siendo una regla general la existencia de tribunales militares, al margen de las excepciones que puedan existir a dicha regla, lo cierto es que pueden apreciarse distintos sistemas o "modelos" que regulan su organización, competencias y, sobre todo, su ubicación en relación a la jurisdicción ordinaria."³³⁴

Hemos encontrado a lo largo de esta investigación, muchos intentos de clasificación, buscaremos mencionarlas en lo posible, para dar paso a nuestra propuesta.³³⁵

La primera de las opciones exploradas, consistió en clasificar y agrupar las diversas legislaciones relacionadas con la jurisdicción militar por las clásicas familias jurídicas anglosajona y germánica o romanista.³³⁶

Del régimen anglosajón el autor consultado destaca la brevedad y sencillez de sus procedimientos, el gran arbitrio judicial, la separación poco clara entre el régimen disciplinario y el sistema penal judicial stricto sensu. Por otra parte el sistema codificado, de derecho escrito. Este sistema de clasificación debe rechazarse por simplista e inadecuado.

³³⁴ JIMENEZ VILLAREJO, José, "Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional"; Madrid: Editorial COLEX, 1991, pp. 7-8.

³³⁵ Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Lineamientos para la reforma de la justicia militar. Serie Informes Defensoriales. Informe N° 6. Lima, marzo de 1998, p. 9 y ss; HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. Función Jurisdiccional. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, p. 26 y ss; GIL GARCÍA, Olga. La Jurisdicción Militar en la Etapa Constitucional. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 1999 p. 28 y ss.

³³⁶ MASIDE MIRANDA, Luis. "Panorámica de Derecho Comparado sobre la Organización de la Jurisdicción Militar". Citado por DOIG DÍAZ, Yolanda. "Jurisdicción Militar y Estado de Derecho". Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003, pág.190.

Lo anterior debido a que consideramos que el derecho castrense tiene un origen, finalidad y desarrollo propios, distintos al derecho privado y público. En éstos, su finalidad consiste en prevenir o resolver los conflictos sociales o establecer las normas reguladoras entre gobernados y gobernantes. Pero en el derecho militar se busca preservar como valor supremo el cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas, privilegiando la obediencia, lealtad, eficiencia, eficacia, honor, jerarquía y otros valores militares. El reto consiste en armonizar estos objetivos con el respeto a los derechos humanos y los principios que deben regir a la administración de justicia.

La clasificación de Gilissen³³⁷, con base en aspectos de competencia, identifica cuatro grupos:

- a) **Competencia General**, involucra aspectos tanto penales como disciplinarios militares, con posibilidad incluso de extenderla a personal civil asimilado a los servicios militares y a civiles en ciertos casos y por ciertos delitos específicos; incluyen las legislaciones jurídico-militares de la antigua URSS (Código Penal Soviético de 27 de Octubre de 1960), Bélgica (Código Penal Militar de 21 de mayo de 1870, con las modificaciones introducidas por la ley de 24 de julio de 1923), Grecia (Código Militar de 21 de febrero de 1941), Países Bajos (Código Penal Militar de 7 de abril de 1923);
- b) **Competencia General Eventual**, englobaría a EE.UU. (Código Uniforme de Justicia Militar, Ley Pública n°. 506 de 5 de mayo de 1950 y *Manual for Courts Martial*, U.S.A., 1984, aprobada por *Executive Order* 12473, que entró en vigor el 1 de agosto de 1984), Gran Bretaña (Disciplina en las Fuerzas Armadas (*Halbury's Law of England*), T.4I, Ley de Disciplina Naval (*Naval Discipline Act*), Ley del Ejército de 1955 (*Army Act*), Ley de la Fuerza Aérea de 1955 (*Air Force Act*), Canadá, Ley de la Defensa Nacional (*National Defense Act* de 1970) y Australia, Ley de la Defensa (*Defense Act*) de 1956, Ley de la Fuerza Aérea (*Air Force Act*, 1956), Ley de las Fuerzas Navales, 1956 (*Naval Act*) y (*Courts Martial Appeals Act*, 1955);
- c) **Competencia Limitada a Infracciones Militares**: Abarcaría a numerosos países y
- d) **Competencia en Tiempo de Guerra**: Alemania (Ley Penal Militar (*Wehrstrafgesetz*) de 24 de mayo de 1974), Austria (Código Penal

³³⁷ Cfr. GILISSEN J. : "Evolution actuelle de la Justice Militaire". Recueils de Societé Internationale de Droit Penal et Droit de la Guerre, Bruxelles, 1981, vol 1, p.27.

Militar de 30 de Octubre de 1970, con las modificaciones introducidas por ley de 11 de julio de 1974) y Francia.

Este tipo de clasificación, no refleja la estructura jerárquica ni la dependencia de los órganos de administración de justicia castrense. Además un mismo sistema castrense puede encuadrar en diversas categorías. Por ello, esta clasificación es inadecuada para poder establecer los modelos contemporáneos de organización de la judicatura militar y reflejar adecuadamente si el modelo adopta los principios clásicos de la administración de justicia en clave de respeto a los derechos humanos.

Francisco Fernández Segado³³⁸, distingue el modelo europeo continental (Italia y España), el modelo anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos), y el modelo que circunscribe la justicia castrense a los tiempos de guerra o a los supuestos de desplazamiento de tropas fuera del territorio (Francia y Alemania). Añade el autor que estos modelos “propios de las democracias avanzadas”, han servido de ejemplo a otros países. En definitiva, anota Fernández Segado, estos rasgos generales determinan la tendencia predominante hacia la reducción competencial de la jurisdicción castrense, el reforzamiento de su independencia, como también de respeto a las garantías procesales de los inculcados ante ellos y, finalmente, su integración en el esquema o marco general de la jurisdicción ordinaria. En el Derecho Militar histórico de su país no existía una clara línea delimitadora entre lo penal y lo disciplinario en el ámbito sancionador, ni en lo sustantivo ni en los procedimientos de actuación en cada uno, así como tampoco en cuanto a los órganos encargados de su aplicación. Ello se tornaba más complejo ante “la acentuada confusión entre la potestad de mando y la potestad jurisdiccional, y a la postre el predominio de la primera sobre la segunda”. A decir de Fernández Segado, dejando de lado las diferencias, pueden encontrarse algunos principios generales que rigen actualmente en este campo, siendo éstos:

- Permanencia de los órganos jurisdiccionales militares.
- Intervención del elemento civil en los mismos.
- Pluralidad de instancias e integración orgánica en el esquema común, a través de los posibles recursos ante el órgano jurisdiccional supremo.
- Limitaciones de las fuentes de atribución de competencias al delito militar, con paralela y fuerte restricción del concepto de delito militar.

³³⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", *Revista de Derecho General*, Madrid, p.336

En definitiva, anota Fernández Segado, estos rasgos generales determinan la tendencia predominante hacia la reducción competencial de la jurisdicción castrense, el reforzamiento de su independencia, como también de respeto a las garantías procesales de los inculcados ante ellos y, finalmente, su integración en el esquema o marco general de la jurisdicción ordinaria. De ahí que, resulte importante detenerse a apreciar, aunque sea brevemente, los principales "modelos" que a nivel de los sistemas jurídico-políticos comparados existen en cuanto a la posición de la Justicia Militar en el ordenamiento constitucional y a su relación con el órgano jurisdiccional ordinario.

“El modelo Europeo-Continental, que tiene como exponentes a países como Italia, España, Bélgica, Portugal, Holanda, Suiza, Grecia y de buena parte de Iberoamérica han acogido también este modelo. En estos casos se admite la existencia de una judicatura castrense permanente en tiempo de paz. El caso español presenta ciertas particularidades, ya que si bien existen juzgados e instancias especializadas en materia militar no precisamente integradas en el aparato de la judicatura ordinaria, la instalación de una Sala Quinta de lo Militar al interior del Tribunal Supremo Español³³⁹ resulta sin duda un gran avance a este respecto, pues permite que ambas organizaciones desemboquen en el vértice del Poder Judicial, esto es, en la máxima instancia del aparato de impartición de justicia de dicho país. En Italia la justicia militar, de igual forma, es contemplada de manera permanente en tiempo de paz y sus resoluciones son susceptibles de ser revisadas por la judicatura ordinaria.”³⁴⁰

“De otro lado, tenemos el modelo anglosajón, con la variante del caso norteamericano. Este modelo se caracteriza si bien no por la permanencia de tribunales militares en tiempo de paz, sí por el hecho de que éstos son expresamente convocados cuando las circunstancias del caso en cuestión así lo ameriten. Las resoluciones emanadas de

³³⁹ Será la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar la que se encargue de crear dicha Sala al interior del Tribunal Supremo Español en los siguientes términos: “El artículo 55º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado como sigue: El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas: Primera: De lo Civil. Segunda: De lo Penal. Tercera: De lo Contencioso-Administrativo. Cuarta: De lo Social. Quinta: De lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo”.

³⁴⁰ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”. <http://www.derehoycambiosocial.com/revista001/militar.htm>

estas instancias jurisdiccionales son además revisables en sede ordinaria, bajo determinadas circunstancias y requisitos.”³⁴¹

“En Francia, la judicatura castrense en tiempo de paz es suprimida, limitándose su existencia a tiempo de guerra. El principal cambio introducido en dicho país lo da la Ley de 1982, como consecuencia de los constantes abusos cometidos por las resoluciones que emitían estos tribunales. Finalmente, en Alemania³⁴² tenemos quizá lo que vendría ser el caso más extremo, ya que inclusive asuntos disciplinarios correspondería su eventual conocimiento a Tribunales Federales, no admitiéndose la existencia de tribunales militares en tiempo de paz.”³⁴³

En opinión de Domingo García Belaunde³⁴⁴, se debe agregar una nueva categoría derivada de la experiencia Latinoamericana. Destaca el autor citado: “en América Latina las Fuerzas Armadas han tenido tradicionalmente una fuerte presencia en la vida política y social, lo que ha desarrollado un modelo especial de justicia militar al que ha denominado Latinoamericano o Iberoamericano”, cuyas fórmulas son:

- a) Jurisdicción militar aparte, pero bien puede tratarse de una jurisdicción especial como es el caso de Venezuela o de una jurisdicción distinta, como ocurre en México, pero revisable en sede ordinaria.

³⁴¹ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”.

³⁴² Artículo 96° de la Ley Fundamental de Bonn: “(2) La Federación podrá crear tribunales disciplinarios militares, con carácter de tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Estos no podrán ejercer la jurisdicción criminal más que en el caso de la defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubieren sido enviados al extranjero o estuvieren embarcados en navíos de guerra. La reglamentación se hará por ley federal. Estos tribunales se hallarán bajo la competencia del Ministro Federal de Justicia. Sus jueces numerarios deberán estar habilitados para el ejercicio de la judicatura”.

³⁴³ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”.

³⁴⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La jurisdicción militar en América Latina (La unidad de jurisdicción en algunos países del área)”. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVII, N° 13. Trujillo: Normas Legales, Octubre-Diciembre 1997, p. 121 y ss; así como en: ETO CRUZ, Gerardo. La Justicia Militar en el Perú. . Trujillo: Empresa Editora Nuevo Norte S.A. Enero 2000, p. 49.

- b) Jurisdicción militar no integrada en el Poder Judicial y tipificada como “tribunales esencialmente administrativos”, cuyas decisiones son revisables en sede judicial. Es el caso de Argentina.³⁴⁵
- c) Jurisdicción militar incorporada sistemáticamente al Poder Judicial, como ocurre en Brasil.
- d) Ausencia de jurisdicción militar como en Panamá.
- e) Jurisdicción militar paralela e independiente de la judicatura ordinaria, con escasas, por no decir casi nulas, posibilidades de que sus decisiones sean revisables por el fuero común, que es finalmente la situación del Perú.³⁴⁶

La pregunta obligada es: ¿Cuáles son las opciones constitucionalmente válidas para organizar la jurisdicción militar?

Para el Dr. Raúl Canosa, “son tres los modelos de jurisdicción militar que tiene el legislador infraconstitucional: el tradicional, el integrado al Poder Judicial o la desaparición en tiempo de paz de la jurisdicción castrense”.³⁴⁷

Siguiendo la línea del autor citado, el **modelo tradicional**, se caracteriza por la unidad de mando y de jurisdicción, juicio de los superiores y asesoramiento letrados. Asimismo, con competencia muy amplia, para conocer de delitos y faltas que afectan bienes jurídicos militares y delitos y faltas comunes, tanto sobre miembros de las fuerzas armadas como sobre paisanos. Los críticos de este esquema consideran que no respeta los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho. El modelo parte de la idea de la justicia de mando. El que manda ejerce la justicia. Los anglosajones la llaman “*justice under fire*”. Su existencia implica una

³⁴⁵ Ver BIDART CAMPOS, Germán. El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina. En: BIDART CAMPOS, Germán Y PALOMINO MANCHEGO, José (Coordinadores). Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde. Lima: Grijley, 1997, p. 37-58, y en especial p. 50; BIDART CAMPOS, Germán. Los Tribunales Militares y la Constitución. Buenos Aires: Ediar, 1984; SAGÜÉS, Néstor Pedro. La Jurisdicción Militar en Argentina. Revisión de sus decisiones por la Justicia Federal. En: BIDART CAMPOS, Germán y PALOMINO MANCHEGO, José (Coordinadores). “Jurisdicción Militar...”. Op. Cit., p. 64-65; entre otros

³⁴⁶ Ver Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica: libro-homenaje a Domingo García Belaunde Volumen 11 de Biblioteca peruana de derecho constitucional Autores Domingo García Belaunde, Allan-Randolph Brewer Carias, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sección Peruana Editor Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sección Peruana, 1997.

³⁴⁷ CANOSA USERA, Raúl, “Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar”. Revista del Poder Judicial número 34, 2ª época, Junio de 1994, págs. 7 y 8. ff

excepción a los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional. Un ejemplo de este es el caso de México.

Este modelo corresponde a una configuración “Divergente o Institucional” de las Fuerzas Armadas en la Constitución. Es propia de las legislaciones castrenses que han tenido escasa evolución, de códigos de justicia militar antiguos que han tenido pocas o ninguna reforma. También es propio este modelo de países donde la experiencia con el instituto armado ha sido conflictiva e intervencionista a lo largo de su historia.

Un segundo modelo es el **integrado al Poder Judicial**. La jurisdicción castrense se convierte en un orden más del mismo pero especializado en esa materia. La plena asimilación elimina los rasgos del modelo tradicional en cualquiera de sus manifestaciones, de tal modo que los jueces integrantes de los órganos judiciales militares se seleccionan y rigen de igual modo que los jueces comunes. En este modelo la competencia se limita a lo estrictamente castrense. La legislación española se ubica dentro de este patrón. En efecto, la Constitución de 1978, acoge la jurisdicción castrense en el Título VI (Del Poder Judicial). Así en el artículo 117 señala: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución." Esta referencia Constitucional deja claro que la jurisdicción militar se integra dentro del poder judicial del Estado español y que circunscribe su ámbito competencial a lo estrictamente castrense o a lo determinado en estado de sitio. Asimismo se establece que debe de actuar conforme a los principios de la propia Constitución.

Regular una justicia militar plenamente integrada al poder judicial, abonaría al respeto de los principios y garantías constitucionales sobre jurisdicción. Los órganos jurisdiccionales especializados en materia militar, estarían plenamente integrados dentro del Poder Judicial. “También se puede desvincular la Jurisdicción del ámbito militar por completo, insertándola en la organización corriente del Poder Judicial, pero manteniendo unos órganos especializados distintos de los penales y los contencioso-administrativos, es decir, crear un quinto orden jurisdiccional.”³⁴⁸

Apunto Canosa que “se objeta esta postura, debido a que el constituyente incluyó una garantía de la existencia misma de la jurisdicción militar, cuya sola mención salvaguarda la pervivencia de la misma. La

³⁴⁸ PEÑARRUBIA IZA, op. cit. pág. 366

objeción es fundada, pero podría superarse con la reserva de que la justicia castrense perviviría, aunque de modo latente, en tiempos de paz y efectiva sólo en caso de estado de sitio.”³⁴⁹

Donayre Montesinos señala que “una vez evaluada la pertinencia de contar con tribunales militares, si se opta por mantenerlos, nos inclinamos más bien por la incorporación de la justicia castrense a la judicatura ordinaria a través de órganos jurisdiccionales especializados en lo militar. Por ello proponemos que en ese caso sea la Ley Orgánica del Poder Judicial la que se encargue también de regular lo concerniente a su organización tanto en tiempo de paz como de guerra.”³⁵⁰

El tercer modelo indicado por Canosa Usera, consiste en **suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz** y conservarla sólo en caso de guerra. El juzgamiento de causas criminales y administrativas pasan íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial común, no especializado en asuntos castrenses, aplica los tipos penales militares en tiempo de paz. Este modelo ha sido adoptado por Alemania, Argentina y Francia, por mencionar algunos. La tendencia en el derecho comparado ha sido en favor de este modelo, por ser el que se adapta de mejor manera a los principios del Estado Social y Democrático de derecho, específicamente los principios de separación de poderes, unidad jurisdiccional e independencia judicial. Es la opción más restrictiva posible, ya que en tiempo de paz desaparecería la justicia militar y solamente reviviría en casos de guerra o estado de sitio. Se suprime en épocas de normalidad y perviviría de manera latente para resurgir en tiempos de emergencia. Este modelo es congruente con la configuración constitucional de la Fuerzas Armadas según el modelo “Convergente o Administrativo”.

Peñarrubia Iza, señala que son cuatro las opciones para realizar la regulación de la jurisdicción militar: “.... en primer lugar adaptar los existentes consejos de guerra, aunque fuera con otro nombre de menos resonancia, al sistema constitucional de garantías. Se puede «jurisdiccionalizar» la Justicia militar, es decir, no dejarla en manos de los mandos militares, sino hacerla independiente de ellos, dejándola vinculada a la organización militar, bien con órganos judiciales integrados por militares de armas, bien haciendo recaer el peso de la organización en juristas al servicio de la organización militar, tengan o no sometimiento a disciplina militar. También se puede desvincular la jurisdicción del ámbito militar por completo,

³⁴⁹ CANOSA USERA, op. cit. pág. 20.

³⁵⁰ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “¿Quién Debe Juzgar a los Miembros de las Fuerzas Armadas en Perú?”; en Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pág. 38

insertándola en la organización corriente del Poder Judicial, pero manteniendo unos órganos especializados distintos de los penales y los contencioso-administrativos, es decir, crear un quinto orden jurisdiccional; o bien se podía, prescindir de la jurisdicción militar y llevarse sus competencias a los órdenes judiciales penal y contencioso-administrativo.”³⁵¹

Cada uno de los modelos adoptados, parte de diferentes consideraciones respecto de la naturaleza jurídica que la constitución asigna a las Fuerzas Armadas. Por ello, en el apartado “2” de este capítulo tesis, se hizo referencia a las diferentes corrientes doctrinales que determinan la naturaleza del instituto armado según su configuración constitucional. De esta determinación resultará una particular constitucionalización de la jurisdicción militar, que impondrá de toda necesidad, ciertas directrices y limitantes al legislador ordinario al momento de legislar sobre esta materia. En efecto, estas opciones pueden ser constitucionalmente adecuadas y válidas y por lo mismo legítimas, dependiendo de los intereses que prevalezcan en el momento en que se materialice el cambio legislativo.

El punto de partida son las normas constitucionales que regulan a las Fuerzas Armadas; estas son un parámetro para que el legislador secundario defina el modelo a seguir y establezca el marco jurídico de la jurisdicción militar. Dicho legislador está limitado por la estructura constitucional de las Fuerzas Armadas y no debe rebasarla, precisamente porque se trata de un régimen de excepción. La naturaleza propia de las Fuerzas Armadas las distingue del resto de las instituciones del Estado y ha justificado la existencia de una jurisdicción aparte. Sin embargo como demostraremos en este apartado, los esquemas de jurisdicción militar se están orientando cada vez más hacia una mayor integración con el mundo civil. A manera de ejemplo, por primera vez en la historia de los Estados Unidos de América, en el año de 1994, la Corte de Apelación para las Fuerzas Armadas (*US Court of Appeals for the Armed Forces*) se integró con juristas de origen civil y tiene competencia como tribunal superior para revocar las determinaciones del sistema de justicia militar norteamericano.

Para Canosa, las alternativas posibles para el legislador secundario son tres: “1) mantener el modelo tradicional (unidad de mando y de jurisdicción, juicio de los superiores y asesoramiento de Letrados) y que gozaría de la cobertura constitucional del artículo 117.5, el cual al reconocer la existencia de la jurisdicción militar, ampara las especialidades de la misma y permite su subsistencia con jurisdicción especial. 2) Puede el legislador,

³⁵¹ PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, “Presupuestos Constitucionales de la Función Militar”. Centro de estudios Constitucionales y Políticos, Madrid 2000, págs. 365 y 366.

alternativamente, incorporar plenamente la justicia castrense al Poder Judicial y convertirla en un orden más del mismo, especializado, no especial, en su propio ámbito. Los Jueces integrantes de los órganos judiciales militares habrían de venir seleccionados y regidos de igual modo que los Jueces comunes: en realidad, serían ellos también Jueces comunes. La independencia de los órganos juzgadores frente a las Fuerzas Armadas alcanzaría el máximo grado, porque la independencia prevalecería sobre la sumisión jerárquica del Juez militar en el modelo tradicional. 3) La tercera y última alternativa, suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla sólo en caso de guerra, cuando fuera declarado el estado de sitio. El artículo 117.5 de la Constitución contiene una garantía expresa de la existencia misma de la jurisdicción militar; pero entendemos que tal garantía no impide la reducción temporal de actuación al estado de sitio, lo que intensificaría, de producirse tal acotamiento, la proyección infraconstitucional del principio restrictivo. El enjuiciamiento de las causas criminales y de todo tipo pasarían íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial ordinario, no especializado en asuntos castrenses, aplicará, si los hubiera, los tipos penales militares en tiempo de paz. Las tres hipótesis alternativas planteadas respetan, a nuestro entender, si bien con distinta intensidad los principios constitucionales. El respeto a los principios constitucionales se cifraría, proscripción de la pena de muerte en tiempo de paz e introducción de ciertas reglas inherentes a la proyección mínima del derecho a la tutela judicial efectiva en la esfera jurisdiccional castrense. La segunda y terceras alternativas sí que ofrecen respeto total por todos los principios constitucionales, incluyendo aquellos relativos a la organización judicial: La unidad, la exclusividad ad intra y ad extra, la independencia de los jueces.”³⁵²

Por otra parte, Joaquín Peñarrubia Iza, se refiere a las opciones constitucionalmente posibles para la organización de la jurisdicción militar de la siguiente manera: “El legislador tenía ante sí todas esas posibles configuraciones de la jurisdicción militar y en uso de ese margen de libertad que le ha dejado la Constitución, se ha decidido por uno de esos sistemas, como lo podía haber hecho por cualquiera de los otros. Desde lo más cercano a la realidad preconstitucional a lo más lejano, era posible en primer lugar adaptar los existentes consejos de guerra, aunque fuera con otro nombre de menos resonancia, al sistema constitucional de garantías, opción que se tomó con la reforma del Código de Justicia Militar en 1980 para hacer una primera adecuación de esta parte del ordenamiento jurídico preconstitucional. Se puede «jurisdiccionalizar» la justicia militar, es decir, no dejarla en manos de los mandos militares, sino hacerla independiente de ellos, dejándola vinculada

³⁵² CANOSA USERA, Raúl. Op.cit. pág. 21

a la organización militar, bien con órganos judiciales integrados por militares de armas, bien haciendo recaer el peso de la organización en juristas al servicio de la organización militar, tengan o no sometimiento a disciplina militar. También se puede desvincular la jurisdicción del ámbito militar por completo, insertándola en la organización corriente del Poder Judicial, pero manteniendo unos órganos especializados distintos de los penales y los contencioso administrativos, es decir, crear un quinto orden jurisdiccional; o bien se podía, prescindir de la jurisdicción militar y llevarse sus competencias a los órdenes judiciales penal y contencioso administrativo.”³⁵³

En el Derecho comparado se encuentran ejemplos de todas las opciones legislativas expuestas. Así, un sistema semejante a los consejos de guerra es el de las “*Courts Martials*” del derecho anglosajón, semejantes en el sistema británico y en el derecho norteamericano, que tiene en este como en otros aspectos una influencia notable de su antigua metrópoli. La desvinculación de la jurisdicción militar del ámbito propiamente castrense es la opción por la que se decidió el legislador italiano a principios de la década de 1980 y que, en parte considero, ha inspirado al legislador español. En este sistema, existen unos específicos magistrados militares que son juristas y no están sometidos a disciplina militar, si bien no dependen como órgano de gobierno del Consejo Superior de la Magistratura, sino que forman un propio Consejo de la Magistratura Militar. La organización judicial militar italiana queda así encargada a unos órganos plenamente jurídicos y de carácter estable. Finalmente, el Derecho comparado nos ofrece también ejemplos en los que se ha prescindido de una organización específica de Justicia militar en tiempo de paz. Es la situación en Alemania, Francia y Argentina, países que carecen de órganos judiciales militares en tiempo de paz.”³⁵⁴

El profesor Carlos Peña, de la Universidad Diego Portales de Chile, afirmó que “la justicia militar no puede ser explicada ni reformada sin tomar en cuenta las íntimas relaciones que ella guarda con un tema mayor: la posición institucional del estamento militar en los procesos de conformación de nuestros sistemas políticos. Sin ubicarnos en esas coordenadas, cualquier

³⁵³ PEÑARRUBIA IZA, op. cit. págs. 366. El autor se refiere a diferentes esquemas de organización de la jurisdicción militar que pueden ser válidamente aplicables a otros países, aunque en el texto citado se limita a las opciones constitucionalmente legítimas amparadas por el artículo 117.5 de la Constitución española de 1978, que establece la aceptación de la existencia de la Jurisdicción militar, ceñida en sus competencias al ámbito estrictamente castrense en tiempo de paz y según lo que se disponga en las leyes para el estado excepcional de sitio.

³⁵⁴ DIEZ-ALEGRÍA, Manuel. Citado por Peñarrubia Iza, op.cit p. 367.

argumentación podrá parecer jurídicamente «pura», pero será, en verdad poco útil, porque no nos permitirá adoptar una posición responsable frente a los enormes problemas que esa jurisdicción plantea.” También mencionó que los países de Latinoamérica, “son herederos de una tradición colonial establecida bajos reglas muy similares de distribución del poder político. No es exagerado afirmar que el modo específico de organización estatal que ahora tenemos ha ido conformándose históricamente en relación a la importancia del factor militar. Más de una vez se ha afirmado que en América Latina el proceso de centralización del poder político -constitutivo del orden legal que representa el Estado- ha sido impulsado, cuando no realizado directamente, por Fuerzas Armadas o militares caudillistas. De modo que no debe sorprendernos que en América Latina se haya conformado un sólido estamento militar que retiene para sí una enorme influencia sobre el conjunto de la sociedad...”.³⁵⁵

La experiencia histórico política en la formación de los estados latinoamericanos, demuestra que las Fuerzas Armadas han sido factor determinante en la construcción de sus instituciones públicas. El protagonismo del estamento militar, desarrolló un modelo de justicia militar, derivado del europeo, originalmente del español. Por ello, se seleccionaron los países europeos, cuya influencia se apreció durante esta investigación, en los sistemas iberoamericanos. De esta manera confrontaremos dos modelos, el continental europeo y el latinoamericano. Asimismo, se incluyó el modelo británico, para confrontarlo con el adoptado por los Estados Unidos de América, considerando las peculiaridades del derecho anglosajón. Lo anterior nos permitió proponer modelos específicos que agrupan las diversas categorías de configuración de la justicia castrense y fijar premisas de derecho comparado. De la Unión Europea, seleccioné Alemania, España, Francia, Italia, y Reino Unido. De América analizamos Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, México, Perú y Venezuela. La vigencia de la legislación militar de estos países fue confirmada a través de sus respectivas agregadurías militares en las embajadas acreditadas en México.

³⁵⁵ Cfr. PEÑA, Carlos. “La Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), “Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 6, Santiago, septiembre de 1996, pp. 661.

1. Propuesta de Escenarios para la Judicatura Militar en clave de Respeto a Derechos Humanos y a los Principios Legitimadores de la Jurisdicción

Los modelos de clasificación de la justicia militar, analizados en el epígrafe precedente, se basan en criterios positivistas, que reflejan la voluntad del factor real de poder que impuso la ley como única fuente de validez del ordenamiento jurídico militar. Otros autores han propuesto agruparlos por regiones o familias jurídicas. Los criterios de competencia jurisdiccional en tiempo de paz o guerra y sus límites subjetivos (inclusión de civiles), ha sido otro perfil diferenciador. Finalmente otra línea de pensamiento considera que los sistemas deben pergeñarse con base en la ubicación de los órganos jurisdiccionales militares en sede ejecutiva o judicial o bien su desaparición formal y asimilación a los esquemas ordinarios de procuración y administración de justicia.

Sin soslayar el mérito y utilidad académica de los referidos esquemas, más que modelos para encuadrar a los sistemas de justicia militar, se proponen diversos escenarios constitucionales y de organización de la judicatura militar cuyo eje de sustento sea la presencia de los principios que deben informarla y el respeto a los derechos humanos. En estos escenarios, no importa dónde se ubiquen los órganos del fuero militar (sede ejecutiva o judicial) ni cuál órgano jurisdiccional aplique la legislación castrense (ordinarios o especializado). Lo relevante consiste en la presencia en las legislaciones correspondientes de los principios de independencia, imparcialidad, publicidad, transparencia y respeto a los derechos humanos, con base en estándares internacionales y desde luego su efectiva materialización. La adopción de un modelo en particular, dependerá de las condiciones particulares de cada país. Se trata de una visión pragmática de la justicia militar con la intención de orientar el debate en torno a los modelos de organización de la judicatura militar, observando los principios que se han señalado para ello en el apartado “5.2” de este capítulo I.

El punto de partida que generó esta propuesta, fueron los problemas observados por los medios de comunicación y la opinión pública en la justicia militar en Iberoamérica, como consecuencia de las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto su Presidente, Diego García-Sayán, señaló: “*La problemática que la Corte ha tenido que conocer y sobre la cual ha tenido que pronunciarse, es amplia pero se centra en dos problemas fundamentales: a) la competencia de la jurisdicción militar*

*sobre civiles; b) el juzgamiento por violaciones de derechos humanos (por parte de) militares o policías, (sujetos a la jurisdicción militar)."*³⁵⁶

De forma destacada en México, el caso "Rosendo Radilla", ha provocado profundas reacciones no solamente propias de una época de cambios, sino generadora de un verdadero cambio de época para el derecho en general y para la justicia militar en particular. Adicionalmente, las reformas constitucionales³⁵⁷ que ubican a los Derechos Humanos en el centro de atención de todas las autoridades, han generado un debate en torno a los alcances de la jurisdicción militar en tiempo de paz. Para cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de la sentencia de la Corte de San José, el Estado mexicano deberá adecuar su legislación militar a los estándares internacionales sobre derechos humanos. Lo mismo sucede en otros países, por lo que los escenarios y modelos que se proponen, pueden servir de guía para ello.

Ambos antecedentes permiten observar que el debate en torno a la jurisdicción militar, girará en torno a los Derechos Humanos y al respeto a los principios que legitiman la función jurisdiccional. Es por ello, que en este trabajo doctoral planteo un nuevo esquema para clasificar la justicia militar a partir de los dos ejes mencionados.

Jürgen Habermas afirma que la ley moderna, es propia del positivismo y goza de tres características: positiva, obligatoria o coercible e individualista.³⁵⁸

El individualismo, supone que todos somos iguales ante la ley y por ello deben eliminarse o reducirse las sociedades intermedias o corporaciones que otorgaban privilegios a sus integrantes. ¿Será este el caso del estamento militar y su jurisdicción propia? O bien, esta isonomía (todos los individuos son iguales ante la ley), encuentra su excepción en la materia militar, no como un gremio privilegiado sino lo contrario; limitado en sus derechos

³⁵⁶ GARCÍA-SAYÁN, Diego, Prólogo a "Jurisdicción Militar y Derechos Humanos", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando; editorial Porrúa, México; p 2011, págs. XXII.

³⁵⁷ Diario Oficial de la Federación 10 junio 2011. Se reconoce la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Cfr.: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/>

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. "Constitutional Democracy. A Union of Paradoxical Principles?", Political Theory 29, no 6, diciembre 2006, p. 779.

fundamentales pero en servicio de la sociedad y la subsistencia del Estado mismo.

La justificación contemporánea de la jurisdicción castrense, en los Estados democráticos de derecho, no consiste en privilegiar a la clase militar. Por el contrario, su esencia radica en aplicarle un régimen más estricto que al resto de la población, a efecto de permitir que la sociedad a la que sirve, pueda desarrollarse en armonía, paz y seguridad. Sobre todo que subsista y prevalezca el Estado y la sociedad que permiten un estilo particular de vida con su cultura e idiosincrasia propias, lo que se logra con el cumplimiento eficiente y efectivo de la responsabilidad que la Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas.

Es bien conocida la afirmación kelseniana de que “la seguridad jurídica más que la justicia absoluta ocupa el primer plano en la conciencia jurídica.”³⁵⁹ Este positivismo exacerbado, privó al juez de su calidad de persona, ya que debía ser un ente mecánico que aplicara la ley. En “El Espíritu de las Leyes”, Montesquieu señalaba que los “los jueces son la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas”.³⁶⁰ Del panorama de la justicia militar desarrollado en el apartado precedente, la presencia de “jueces mecánicos”, se agrava por su empleo como medio de represión, para los civiles, particularmente en Iberoamérica. Este fenómeno no debe presentarse en la justicia militar, donde se busca que los miembros de la Fuerzas Armadas, sean tratados con equidad y se tomen en cuenta las dificultades que impone el servicio de las armas y la alta responsabilidad que ello implica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.³⁶¹ Los Derechos Humanos están impregnados del concepto de justicia, como base para restaurar el equilibrio generado por una actuación ilícita. Se integra a la justicia y a la equidad dentro del concepto de Derechos Humanos,

³⁵⁹ Cfr. KELSEN, Hans. “Los fundamentos de la democracia” 1954 en Escritos sobre la democracia y la sociedad, Debate Madrid 1988.

³⁶⁰ GÓMEZ SÁMANO, Sebastián. Justicia y Equidad, serie Ética Judicial número 26, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, febrero 2013; pág. 34, citando a Montesquieu, Esprit des lois. XI, 5.

³⁶¹ Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá (sentencia 28 de noviembre 2003); Caso Tibi vs Ecuador (7 de septiembre 2004)

convertidos hoy en el límite de la ley positiva y horizonte aspiracional y prestacional, de las sociedades contemporáneas.

En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce tres valores supremos: la libertad, la justicia y la paz en el mundo, que tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.³⁶² Está en manos de los jueces y tribunales hacer efectiva particularmente la aspiración de justicia.

Esta tendencia revaloriza la figura del juzgador, nuevo protagonista en la construcción de una sociedad con justicia y equidad, usando su principal herramienta: la interpretación jurídica, sustentada en la aplicación del principio “pro persona”.

La justicia está vinculada con la independencia judicial³⁶³, de lo contrario, las decisiones judiciales estarían sujetas a los intereses de grupo, presión o influencia de autoridades o grupos de interés. También con la imparcialidad, pues para que exista justicia es necesario que se conozca en la medida de lo posible la verdad de los hechos.³⁶⁴

La justicia también se materializa en el conocimiento y capacitación de los jueces, lo que de manera razonable se refleja en la carrera judicial que se debe construir sobre la base de la honestidad y honorabilidad profesionales. Finalmente la justicia también se refleja en la transparencia y publicidad de las actuaciones judiciales.

La administración de justicia, en suma, debe sustentarse en la observancia de los principios referidos, con respeto a los derechos humanos de

³⁶² Cfr.: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

³⁶³ Código Nacional Mexicano de Ética Judicial: Artículo 3. INDEPENDENCIA.- 3.1. La independencia judicial es la actitud que debe asumir el juzgador para ejercer la función jurisdiccional sólo desde la perspectiva del derecho, evitando y rechazando cualquier presión o influencia extraña a éste proveniente de autoridades, organismos autónomos, factores externos e internos y poderes de hecho;

³⁶⁴ Código Nacional Mexicano de Ética Judicial Artículo 4. IMPARCIALIDAD.- 4.1. La imparcialidad judicial exige que el juez dicte sus resoluciones con desinterés en las posiciones de las partes, ubicándose en el centro equilibrado y equidistante de ellas, con el sólo interés subjetivo y objetivo de dirimir en derecho la controversia, evitando cualquier designio anticipado a favor o en contra de los contendientes. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/CodigoNacionalDeEtica>

víctimas y justiciables. La medida en que ello suceda, debe ser el criterio para clasificar a las instituciones de justicia militar.

Bien conocida es la frase atribuida a Carlos Marx: “la violencia es la partera de la historia”.³⁶⁵ Sin embargo considero que la reflexión adecuada para el tema que nos ocupa, es que la verdadera fuente de la historia es la reivindicación de la justicia.³⁶⁶ Porque la denegación de justicia es generadora de violencia. Luego entonces, la denegación de justicia es la partera de la historia. En el caso de la justicia militar, la reivindicación de la justicia explica los acontecimientos recientes que presionan hacia una necesaria revisión de la institución y su adecuación a los estándares internacionales.

Una consideración final respecto de los modelos que se propondrán. No se considera la eficacia funcional de la administración de justicia militar, sino es mediante el respeto a los principios de recta administración de justicia y derechos humanos.

Los aspectos a considerar en cada caso, para la conformación de los escenarios que se enlistan enseguida, guardan relación con los principios legitimadores de la actuación de los órganos de administración de justicia y la postura respecto a los derechos humanos.

1. Reconocimiento y configuración en el ordenamiento constitucional de la jurisdicción militar.-
 - a. La naturaleza jurídico constitucional asignada a las Fuerzas Armadas y su vinculación con la justicia militar;
2. El diseño orgánico de la justicia militar y el principio de independencia judicial.-
 - a. ubicación de los órganos de procuración e impartición de justicia militar, en sede ejecutiva o judicial;
 - b. permanencia o eventualidad de los mismos;
 - c. existencia de una carrera judicial militar

³⁶⁵ Die Gewalt ist der Geburtshelfer jeder alten Gesellschaft, die mit einer neuen schwanger geht. Karl Marx.

³⁶⁶ GÓMEZ SÁMANO, Sebastián. Justicia y Equidad, serie Ética Judicial número 26, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, febrero 2013.

- d. condición civil o militar jurídica de sus integrantes (jueces, magistrados, vocales de consejo de guerra o corte marcial, auditores, fiscales)
 - e. designación y remoción;
 - f. vinculación con los órganos de justicia civiles
3. Grado de observancia de los estándares internacionales relacionados con la jurisdicción militar
- a. procesamiento de civiles por tribunales militares
 - b. procesamiento de militares en casos de violaciones a derechos humanos
 - c. restricción del concepto de delito militar o de función.

Es posible que la organización actual de la jurisdicción militar de algunos países, coincida en mayor o menor medida con los escenarios propuestos, aun cuando puedan apreciarse ciertas excepciones o bien distinguirse procesos de transición entre un modelo y otro.

Atendiendo a las consideraciones precedentes, los escenarios para la jurisdicción militar en tiempo de paz, pueden ser los siguientes:

2. Sistema Autárquico de Justicia Militar Centrado en el Mando

La esencia que distingue este modelo propuesto, consiste en que la jurisdicción militar se encuentra completamente separada de los órganos civiles de procuración y administración de justicia. Se crea un sistema completo en si y por si mismo suficiente. La configuración constitucional “Divergente” o “Institucionalizada”,³⁶⁷ basada en la teoría de la de la “Comunidad Separada”, de toda necesidad conduce a una estructuración autárquica de la justicia militar.

Históricamente, uno de los privilegios clásicos del mando militar, ha sido el de imponer correctivos disciplinarios e impartir justicia a sus subordinados, de manera unilateral y sin respetar garantía alguna a estos. El valor de la disciplina en el medio militar se sobrepone a cualquier otro incluso el de la vida. Este ha sido el argumento que repetidas veces se ha esgrimido

³⁶⁷ Véase Capítulo I, apartado 2.2.1 Modelo Divergente o Institucional de esta tesis.

para justificar el régimen particular al que se encuentra sometidos los militares. La tradición popular ha recogido esta idea con la expresión: “*el que manda, manda y si se equivoca vuelve a mandar*”. La justicia de mando fue el origen primario de los sistemas de justicia militar.

Peñarrubia Iza, afirma que “tradicionalmente la idea de justicia militar ha estado íntimamente unida a la idea de disciplina, para lo cual las sanciones que pudieran imponerse debían ser ejemplares e inmediatas. Esto justifica que la organización de la justicia fuera muy cercana al mismo mando militar, a quien se confiaba también las funciones jurisdiccionales, según el aforismo de “quien manda debe juzgar” o la idea inglesa de “*justice under fire*” (justicia bajo fuego). En los asuntos corrientes, ejercía la justicia el mismo oficial que estaba al mando de la unidad, normalmente el capitán de la compañía, si bien en los casos de delitos de mayor gravedad se reservaba la justicia al capitán general, quien actuaba asistido de su auditor, es decir de un letrado.” CITA

La justificación de este modelo, se basa en la importancia que para el Estado tienen las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas. En este sentido señala Pascua Mateo que “buena parte de tales misiones, van a requerir que los miembros de las Fuerzas Armadas se vean en situaciones de combate, en las cuales ha de preservarse un principio esencial como es la seguridad esperable en el mantenimiento de la cadena de mando, de modo que a los superiores jerárquicos, les resulte razonable esperar de sus subordinados un cumplimiento cabal de las órdenes que se le hayan comunicado y ello hasta el punto de poder legítimamente exigir a un militar el máximo sacrificio en el cumplimiento de su cometido hasta el agotamiento de los medios disponibles e incluso que defienda su posición a todo trance.” CITA

El mando militar debe tener la certeza de que sus órdenes serán cumplidas a toda costa y que en caso contrario cuentan con la legitimación para juzgar a los que incumplan con sus obligaciones y deberes militares. La formalidad que comúnmente se exige para este modelo es la de los consejos de guerra o cortes marciales. Son los militares los que juzgan a los militares. Por lo regular el consejo de guerra se forma por militares de igual o superior rango que el enjuiciado y siempre presididos por el comandante de mayor jerarquía en la unidad. La inclusión de abogados en estos órganos únicamente se prevé para el tiempo de paz, ya que en situaciones de guerra la inmediatez y ejemplaridad con la que se debe actuar, hacen prácticamente imposible la participación de profesionales del derecho en estos órganos.

Los orígenes de este modelo los encontramos en instituciones del Derecho Militar romano en las figuras de los “*praefectus cohortis, legionis castrorum*” era la autoridad suprema en las corporaciones militares y en quien recaía la función jurisdiccional durante las campañas. El Mariscal era juez del

ejército y estaban a su cargo el castigo de los delitos y el gobierno económico.³⁶⁸

Las cortes marciales eran el órgano no permanentes de administración de justicia tradicional de las organizaciones militares. Estaban compuestos por militares de arma (de profesión), no letrados (no abogados), de rango igual o superior al justiciable. Los militares juzgaban a sus pares.

Las Reformas Borbónicas del siglo XVIII, introdujeron en España el sistema de consejos de guerra, que es la forma en que se ha impartido la justicia militar hasta el presente. También en la Nueva España, se aplicó el mismo sistema. El Virrey estaba investido de facultades jurisdiccionales, en materia civil como Presidente de la Audiencia y en lo militar como Capitán General. En ambos casos, en sus actuaciones se encontraba asistido por abogados.

Si bien la justicia de mando no se cuestiona en tiempo de guerra, cabe preguntar si en tiempo de paz, ¿aplica la misma justificación? Evidentemente la vida ordinaria de los militares no se desarrolla en situaciones de combate, por lo que debemos reflexionar en este sentido a efecto de encontrar una justificación de este modelo para el tiempo de paz.

Con base en el criterio de clasificación propuesto, principalismo jurisdiccional y Derechos Humanos, las características de este modelo son las siguientes:

Por cuanto se refiere al reconocimiento y configuración en el ordenamiento constitucional de la jurisdicción militar, este modelo requiere incorporar la regulación o las grandes líneas de la jurisdicción militar, a nivel de la constitución de los estados, toda vez que no se debe extender competencia de los tribunales militares para juzgar civiles. En efecto, la esencia del modelo consiste en que los militares juzguen a los militares, se trata de una jurisdicción de clase que no debe extenderse a otros ámbitos sociales. Desde el origen de esta tendencia, lo deseable era que los propios militares contuviesen a los miembros de su estamento, ya que solamente ellos conocen los requerimientos y necesidades del servicio de las armas y con base en ello impartían justicia. Existe correspondencia con el modelo divergente o institucionalizado de las Fuerzas Armadas y su vinculación con la justicia militar. La configuración constitucional de la justicia militar implica una cuestión garantista en favor de los civiles; por ello cuando se constitucionaliza

³⁶⁸ Mariscal, del francés antiguo mariscal, y este del franco marhschalk, caballero mayor, de marh, caballo, y skalk, sirviente. Diccionario de la Lengua Española – 22ª edición.

a la justicia militar siguiendo este modelo, provoca la crítica en el sentido de que se crea un privilegio de clase en favor de los militares, como en su momento lo fue el fuero eclesiástico también. Lo usual es que se regule constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, adoptando un modelo divergente o institucionalizado y como consecuencia el legislador ordinario regule la jurisdicción militar.

El diseño orgánico de la justicia militar ubica necesariamente a los órganos de procuración e impartición de justicia militar, en sede ejecutiva, dependiendo en última instancia del jefe de estado. No deben ser órganos permanentes sino eventuales, tanto en tiempo de guerra como paz. No existe una carrera judicial militar propiamente dicha, pues no se requiere, toda vez que los consejos de guerra o cortes marciales, solamente se convocan cuando hay necesidad de ellos. Al no ser órganos permanentes, la selección de los integrantes de los órganos forales militares la realiza el mando y puede recaer aleatoriamente en cualquiera, ya que no se requiere se letrado o abogado para integrarlos. Desde luego todos deben tener la condición militar como requisito indispensable para formar parte en los procesos jurisdiccionales, de igual o superior rango al enjuiciado y actuando como juez un militar de alta jerarquía, con independencia que sea abogado o no. Siempre existe la posibilidad de que letrados o abogados especializados asesoren al mando en estos procesos, pues ello no desnaturaliza al modelo.³⁶⁹ No existe vinculación con los órganos de justicia civiles y resulta poco frecuente, aunque no se excluye, la participación de civiles en los procesos, particularmente como defensores. Los tribunales de alzada que conocen de recursos de casación o apelación, son especializados y diferentes a los órganos de la justicia civil.

En este modelo, no existe una restricción del concepto de delito militar o de función, toda vez que los militares solamente serán juzgados por el fuero castrense con independencia de la naturaleza civil o militar del delito que cometan.

Respecto de la justicia disciplinaria, esta se confiere de manera absoluta al mando militar, que la impone, gradúa, revisa y confirma, todo ello dentro de la jerarquía militar. Los tribunales militares o administrativos civiles son ajenos a los procedimientos disciplinarios.

³⁶⁹ Cfr. <http://www.jag.navy.mil/> **Judge Advocate General's Corps**, also known as **JAG** or **JAG Corps**, refers to the legal branch or specialty of a military concerned with military and military law. Officers serving in a JAG Corps are typically called Judge Advocates. Only the chief attorney within each branch is referred to as the "Judge Advocate General"; however, individual JAG Corps officers are colloquially known as JAGs.

El grado de observancia de los estándares internacionales relacionados con la jurisdicción militar es bajo, ya que en casos de violaciones a derechos humanos cometidas por militares, serán competentes los órganos del fuero militar, sin intervención alguna de tribunales civiles. En estos casos las víctimas u ofendidos civiles, por las conductas delictuosas desplegadas por militares, ven seriamente limitados sus derechos fundamentales y les resulta difícil el acceso a los procesos jurisdiccionales militares. Sin embargo, el procesamiento de civiles por tribunales militares se encuentra prohibido, pues ello contraría la esencia del modelo de justicia militar de mando, limitada de manera exclusiva a los integrantes de las Fuerzas Armadas.

3. Sistema de Judicialización Parcial o Híbrida de la Judicatura Militar

La esencia de este modelo, consiste en conservar los órganos propios del fuero militar, pero convergiendo en última instancia en sede judicial civil. De esta manera se busca combinar, la independencia y demás principios que son comunes y aceptados por la jurisdicción civil, con la necesaria experiencia para juzgamiento de casos militares y la comprensión adecuada de dicho sector. El modelo que se propone debe contar con las siguientes características:

A nivel constitucional se debe establecer el principio de unicidad del poder judicial, manteniéndose la especialidad de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense. Se atribuye, exclusiva y excluyentemente, la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de ella los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de jurisdicción. Se debe reconocer una legitimación especial en el recurso de casación a los mandos militares superiores, al objeto de que éstos puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses, esenciales de las Fuerzas Armadas.

La competencia de la jurisdicción militar se debe circunscribir en tiempo de paz al ámbito estrictamente castrense, conociendo las conductas tipificadas como delito en un código penal militar y extendiendo su competencia a cualquier clase de delito en el supuesto de tropas desplazadas fuera del territorio nacional.

También se debe otorgar a los tribunales militares la tutela jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar. El ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria, ejercida en los distintos escalones de la organización esencialmente jerárquica de las Fuerzas Armadas.

La administración de justicia en primera instancia, debe recaer ya sea en juzgados militares o cortes marciales, necesariamente escabinado para conjuntar militares letrados con los de arma.³⁷⁰ Dependiendo de la tradición jurídico militar del país en cuestión, pueden ser permanente o eventuales. Estos órganos jurisdiccionales, estrictamente militares, se ubican en sede ejecutiva y deben estar integrados exclusivamente por personal militar.

El modelo propuesto supone la unidad en el vértice, de las jurisdicciones militar y civil. Esto se logra mediante la creación de una instancia superior de apelación, revisión o casación, ubicada en sede judicial. Quienes integren este tribunal, deberán estar sujetos, a la misma normatividad de los tribunales civiles ordinarios, pero deben contar con experiencia en justicia militar. Esta es una garantía de ponderación en una actuación jurisdiccional del más elevado rango, normalmente llamada a actuar en valoraciones de casación y revisión. Las variaciones al modelo pueden considerar que militares retirados, de arma o del servicio de justicia militar, podrían ser quienes integren el cuerpo de personal jurídico y de asesores de este tribunal supremo. Lo destacado del modelo consiste en que sus integrantes no se encuentren subordinados a la jerarquía militar y cuenten con plena independencia en sus actuaciones y determinaciones.

Las funciones judiciales deben profesionalizarse, por lo que se deben crear un servicio de justicia militar común a las Fuerzas Armadas. Cuerpos o unidades especializadas que serán la cantera para la formación de personal judicial militar. De toda necesidad se deberá crear un servicio judicial militar de carrera, escalonado y basado en méritos valorados vía concurso.

A justiciables y víctimas, se debe garantizar los mismos derechos que en el medio civil. Lo anterior debe ser de esta manera, toda vez que las leyes que regulen los procedimientos, deben ser las mismas. Se debe permitir la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación.

El procesamiento de militares en casos de violaciones a derechos humanos, debe ser ante los tribunales militares. Ello no contraviene los estándares internacionales, toda vez que en última instancia, tribunales ubicados en sede judicial civil, resolverán en definitiva la controversia.

³⁷⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.- **Escabinado**: Tipo de tribunal de jurado, compuesto por jueces profesionales y por ciudadanos legos designados por sorteo.

En este modelo, no es necesario hacer restricción del concepto de delito militar o de función, toda vez que la competencia se surte en función de la calidad del justiciable. Los militares serán juzgados por los órganos del fuero militar, con independencia de la naturaleza del ilícito del que se trate. Lo anterior es amónico con los estándares internacionales, ya que el tribunal de última instancia es civil.

4. Escenario de Incorporación de la Judicatura Militar en Sede Judicial

En este escenario se trasladan los órganos de la jurisdicción militar al poder judicial, conservando su estructura y esencia especializada. Se busca con ello incorporar la administración de justicia militar a los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, responsabilidad y transparencia, que rigen y se han consolidado en los poderes judiciales de los países, de manera más definitiva.

Se debe configurar constitucionalmente la existencia y características de la jurisdicción militar, señalando que se crea una jurisdicción militar especializada en sede judicial, con las características apuntadas en el apartado 1.2 de este mismo capítulo, que en obvio de repeticiones no se transcriben.

El diseño orgánico de la justicia militar, prácticamente considera el traslado de los órganos del fuero militar para ubicarlos en sede judicial. Dependiendo de los requerimientos específicos de cada país y el volumen de asuntos de competencia militar, se deben crear tribunales permanentes en sede judicial.

Todo el personal debe ser civil. Ningún militar, en activo o comisionado, debe formar parte de la estructura judicial especializada. Se busca con ello desvincular de manera completa al personal de cualquier tipo de jerarquía que implique obediencia a mandos militares.

Desde luego como parte de la carrera judicial, se debe capacitar y adiestrar permanentemente a quienes formen los cuadros de estos tribunales, en temas de justicia militar. Su designación, ascensos, retiros y eventual remoción, debe ser la misma que aplique al personal del poder judicial. Recordemos, se trata solamente de tribunales especializados en materia militar, pero plenamente asimilados al poder judicial del estado. La legislación sustantiva y adjetiva que aplicarán estos tribunales, será la especializada en materia militar.³⁷¹

³⁷¹ Experiencia similar ocurrió en México con el tribunal electoral que fueron trasladados del poder ejecutivo y ubicado en sede judicial, con su estructura propia, administración y personal.

Finalmente la justicia disciplinaria militar, también debe ser de la competencia de los tribunales especializados en materia militar del poder judicial. Si bien los mandos militares naturales, pueden imponer sanciones disciplinarias, los excesos y controversias que surjan de su aplicación, deben ser dirimidos por esta instancia jurisdiccional a la que se le dotará de competencia para conocer de estos procedimientos administrativos, con facultad de dictar sentencias de nulidad de las sanciones impuestas por el mando militar.

5.. Escenario de Asimilación a la Judicatura Civil en Tiempo de Paz

En 1982 Francia, suprimió la jurisdicción castrense, absorbiendo sus funciones la justicia ordinaria, salvo para los las Fuerzas Armadas que se encuentran fuera del país o en tiempo de guerra. Este es también el caso de Alemania, donde la Constitución (*Grundgesetz*), sólo prevé la existencia de tribunales federales para conocer asuntos disciplinarios y de quejas de los miembros de las Fuerzas Armadas. Existe la posibilidad de establecer, en el ámbito federal, tribunales penales militares, dependientes del Ministerio de Justicia, pero sólo ejercerán jurisdicción en tiempo de guerra o sobre personal militar en servicio fuera del país. En consecuencia, la legislación penal militar alemana, no presupone la existencia de una jurisdicción castrense, por lo que los delitos militares (que subsisten como especiales en la legislación común), que cometa dicho personal, serán juzgados por la justicia ordinaria, según los procedimientos comunes.

El punto de partida de este escenario, consiste en considerar a los miembros de las Fuerzas Armadas como servidores públicos asimilados plenamente al servicio civil regular, solamente especializados por la función que desempeñan. Conforme a la legislación, no existe un tratamiento diferente entre los integrantes de los servicios públicos civiles y militares. La naturaleza jurídico constitucional asignada a las Fuerzas Armadas se basa en la doctrina administrativista o convergente, que asimila plenamente las funciones militares y civiles dentro del servicio público. En este modelo no existe una organización judicial militar, es más no hay necesidad de ella, toda vez que militares y civiles están sometidos a la jurisdicción ordinaria. Dentro de la legislación penal ordinaria se contemplan los delitos de tipo militar, como un apartado adicional de la parte especial de los códigos penales, especializado por razón de la materia. El personal encargado de la administración de justicia no debe tener calidad de militar, aunque por tratarse de una materia especializada, sí requiere de conocimientos sobre la materia, para cuando le corresponda conocer de un asunto relacionado con las Fuerzas Armadas. Otros países han seguido esta tendencia, aunque por distintos motivos. Tal es el caso de Argentina y Guatemala.

Clasificar los sistemas de justicia militar, es útil para conocer los modelos e influencia que reciben los países en esta materia. Pero elaborar escenarios, permite llevar a la práctica los distintos modelos, creando un sistema que considere aspectos similares en cada caso.

Tal fue el propósito de este epígrafe. Proponer modelos sistematizados para el desarrollo de la judicatura militar, con base en un esquema de desarrollo común.

En el capítulo final de este trabajo de investigación, seleccionaré el escenario adecuado para el caso de México y con ello no solamente adaptar a estándares internacionales a su justicia militar, sino también dar cabal cumplimiento a la sentencia pronunciada por la Corte de San José en el caso Radilla Pacheco.

CAPÍTULO II.

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN MÉXICO

La doctrina jurídica mexicana ha tenido bastante olvidado el tema de las Fuerzas Armadas. Los investigadores civiles se han ocupado muy poco de temas relacionados con la justicia y el derecho militar. Prueba de ello es la escasa bibliografía especializada de autores mexicanos que pude encontrar y aun esta se refiere a generalidades, pero no aborda de manera específica aspectos particulares de la jurisdicción militar. Por cuanto hace a otros países, encontré mucha más investigación, pero aun así relativamente escasa.

En México, los trabajos relacionados con temas militares, por lo regular, los han realizado miembros de las Fuerzas Armadas, en activo o en situación de retiro³⁷⁵, o por el contrario por quienes profesan un marcado antimilitarismo.³⁷⁶ El resultado ha sido que tanto en un caso como en el otro, la perspectiva del análisis resulta inadecuada, parcial y poco objetiva. En otros países también se repite el patrón apuntado, pero he encontrado que más investigadores y académicos, desde una perspectiva imparcial, han producido una corriente de opinión más acorde con un modo científico de abordar estos temas.³⁷⁷

³⁷⁵ Cfr. SASTRÉ VILLACORTA, Carlos, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar, Sista, México 2002.

³⁷⁶ Cfr. ARTEAGA NAVA, Elizur, Derecho Constitucional, Oxford, México, 2004.

³⁷⁷ En este sentido, PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, Presupuestos constitucionales de la Función Militar, Centro de Estudios Constituciones, Madrid, 2000.

Una nota esencial del instituto armado es, que goza de valores propios y en muchas ocasiones divergentes de los de la sociedad civil. Aún hoy, un fuerte corporativismo forma parte de su tradición y de suyo lo distancia del resto de la sociedad. Por este motivo, no parece apropiado que los miembros de las Fuerzas Armadas, sean quienes de manera exclusiva estudien los aspectos jurídicos de lo militar, dada su subjetiva ligación y arraigo para con ellas, a riesgo y resultas de una pérdida de objetividad. En este sentido se ubica la opinión de Coutino Hueso, quien señala que “al elaborarse la investigación únicamente por miembros de la institución castrense, los estudios corren el riesgo de retroalimentarse continuamente al quedar cargados de los valores y principios tradicionales de las fuerzas armadas. Dejar que sólo los militares se ocupen del derecho militar no sólo puede provocar una inconveniente endogamia, sino, lo que es más, supone descuidar un terreno de extraordinario interés jurídico”³⁷⁸

Por otro lado, hay que advertir que el civil que se aboque a estos temas, no está exento de lo mismo. Para ellos el medio militar es un mundo aparte, alejado de los ojos de curiosos y rodeado de un velo de secreto que pocos se aventuran a penetrar. El lenguaje, las tradiciones, la vida misma del militar resultan ajenos y distantes para el mundo civil. Por ello, considero que existen dos grandes obstáculos para abordar temas castrenses, desde una perspectiva civil. En primer término, la necesidad de una formación, cuando menos básica, en temas militares, lo que incluye conocimiento de su terminología, marco regulatorio, historia e idiosincrasia y en segundo término, un acercamiento personal a este sector, tratar con ellos, romper el velo que los distancia del medio civil y conocerlos a fondo, en su aspecto humano, sin prejuicios ni temores. No me sorprende que los litigantes, juristas, académicos e investigadores civiles mexicanos, se hayan abstenido de fijar su atención en este importante sector.

Lo novedoso del tema, su complejidad y la escasa investigación existente, justifican sobradamente seleccionar a la jurisdicción penal militar y al fuero de guerra, como objeto del presente trabajo doctoral. Mi objetivo consiste en plantear en prospectiva, desde una óptica civil, diversos escenarios de evolución y transformación de la justicia penal militar en tiempo de paz, adecuándolos a las exigencias particulares de México, hoy

³⁷⁸ COTINO HUESO, Lorenzo, *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*. Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2002, pág. 36.

inmerso en una compleja construcción democrática, donde las Fuerzas Armadas mantienen un preponderante papel en el mantenimiento del Estado de derecho y de la legitimidad del orden político.

Llamó mi atención una cita del discurso pronunciado por Ángel Salcedo Ruiz, con motivo de su ingreso a la Academia Española de Ciencias Morales y Políticas en 1913, que da cuenta, desde entonces, de la escasa atención que se brinda al derecho militar, que enseguida transcribo: “para la generalidad de los jurisconsultos civiles, el derecho militar, proscrito de las universidades y del que casi nunca se habla en las academias jurídicas y para el que no tienen espacio las revistas profesionales, no es sino una colección de prácticas que el progreso ha de ir disminuyendo poco a poco por carecer en absoluto de fundamento racional. Esto es cosa de militares, suelen decir despreciativamente los abogados, mientras los militares exclaman a su vez: Quién nos mete a nosotros en cosas de abogados. Y de este modo, ni los unos ni los otros dedican al derecho, la atención que le corresponde.”³⁷⁹

La importancia social, económica y política de las Fuerzas Armadas es tan señalada³⁸⁰, que debería provocar un interés social, académico e investigador, al que no se podría sustraer el jurista. Sin embargo, esto no es así. Cuando comencé a penetrar el particular mundo del fuero militar mexicano, comprendí las razones por la que estos temas han estado fuera del escrutinio de los juristas civiles. En pocos ámbitos del conocimiento, como en lo militar, se puede percibir una interconexión tan estrecha entre el derecho, la política, la sociología y la historia. En consecuencia, no puede realizarse un análisis jurídico aplicando las mismas categorías científicas con las que se analizan otras materias. Además por muchos años, se ha arrojado al sector militar con conceptos tales como honor, lealtad,

³⁷⁹ Citado por MERA FIGUEROA, Jorge. “Justicia Militar y Estado de Derecho”, Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, noviembre de 1998, pág.15.

³⁸⁰ Esta importancia persiste inclusive en los países donde las Fuerzas Armadas han sido disueltas, como en Costa Rica o bien donde el militarismo ha sido prohibido a nivel constitucional como en el Japón. Estos casos confirman la destacada posición que en el contexto de los factores reales de poder tienen las Fuerzas Armadas. En efecto pueden prohibirse, disolverse o limitarse, pero aun en estos casos se mantienen presentes en el interés de la sociedad.

disciplina y eficiencia, que cualquier crítica se tomaba como un acto antipatriótico. Se les ha mantenido como un sector distante de la sociedad y se les cubre con un velo de misticismo y secreto, ocultando sus errores o minimizando sus deficiencias. Cuando trasciende un problema que involucra a los militares o bien muestra aspectos de corrupción en sus filas, lastima no solamente al instituto armado sino a la sociedad misma, que al idealizarlo, no acepta sus falencias. Sin embargo como toda organización humana, las Fuerzas Armadas tienen áreas de oportunidad y deficiencias, que sólo pueden ser corregidas si se enfrentan y analizan sin pasiones ni falsas consideraciones de perfección.³⁸¹ En México se ha llegado a posiciones tan absurdas como la de “enlatar” una película, simplemente porque podría ofender la sensibilidad de los altos mandos militares.³⁸² En ese ambiente resultaba difícil y hasta temerario, adentrarse al estudio de temas militares desde cualquier perspectiva que no fuera el elogio o la exaltación de hazañas heroicas o de la abnegada y eficiente labor del instituto armado contemporáneo.

Las constituciones mexicanas de 1957 y de 1917, ambas en el artículo 13, disponen que subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Pero ¿desde cuándo subsiste el fuero de guerra?; ¿se justifica dicha subsistencia en la actualidad?; ¿realmente favorece a los militares mexicanos como se indica en los medios de comunicación contemporáneos?; ¿cuál es el estado que guarda el marco normativo castrense en México? ¿la estructura, organización, funcionamiento y procedimientos de los tribunales militares mexicanos, les permite cumplir con los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional y garantizar su independencia, imparcialidad y debido el proceso?

Tratar de averiguar lo que se encierra tras las puertas de los cuarteles, es de por sí interesante e implica un importante esfuerzo para quien pretende abordar al instituto militar desde una perspectiva científica. Pero proyectar la norma constitucional al medio militar, es un reto mayor, toda

³⁸¹ Cfr. STONE R. Geoffrey. “Perilous Times, Free Speech in Wartime”, Ed. Norton & Company, Nueva York, 2004, págs. 4-9

³⁸² Tal fue el caso de la película “La Sombra del Caudillo”, basada en una novela de Martín Luis Guzmán del mismo título, dirigida por Julio Bracho, cuya exhibición estuvo prohibida por más de 30 años.

vez que las categorías y estructuras tradicionales parecen no tener valía o bien hay que forzarlas al máximo para poder aplicarlas. En efecto, el alcance normativo de la legislación castrense, se pone seriamente en entredicho al tenor de diversas concepciones jurídicas, ampliamente aceptadas en el mundo civil. El Estado Social y Democrático de Derecho reconoce y tutela los derechos fundamentales de la persona. Pero de manera inmediata se percibe cómo a los militares se les mantiene apartados al someterlos a un régimen de derechos y libertades sumamente restringido. Asimismo se les niega, casi por completo, el ejercicio de las libertades públicas en materia política, todo ello a favor del eficaz cumplimiento de la misión que el constitucionalismo asigna a las Fuerzas Armadas.

Aun socialmente, en México es escasa la convivencia entre civiles y militares. Estos viven en comunidades separadas, casi autárquicas, por lo regular apartadas de los centros urbanos, donde cuentan con todos los servicios necesarios, escuelas, centros comerciales, hospitales y su propio banco. Cuando crecen las ciudades y engullen a las zonas militares, éstas se mudan y nuevamente se apartan.

Las relaciones entre autoridades civiles y militares también tienen sus peculiaridades en México. Los principios que definen a la administración pública del Estado, se matizan o prácticamente se ignoran en las dependencias militares. En efecto, las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, funcionan al margen de la organización tradicional de la administración pública mexicana. Su estructura operativa es la de un “cuartel general” cuyo “estado mayor” determina todos los aspectos ordinarios y extraordinarios de sus atribuciones. Las autoridades civiles enfrentan a una burocracia tan especial como lo es la militar y han preferido dejar a los militares que sean los amos de su propia parcela.

La renuncia al conocimiento de lo militar por parte de la sociedad y de las autoridades civiles mexicanas, fomenta, indirectamente, una visión equivocada y parcial del fenómeno militar.

Este trabajo busca un acercamiento de la sociedad civil al mundo militar. Establecer una convergencia por la vía del conocimiento científico, es uno de los medios más sólidos y efectivos para ello. Coincido con la manifestación de Fumarola en el sentido de que: “el abismo que antes

existió entre ejércitos y sociedad, tiende a disminuir cuanto más se avance en el mutuo conocimiento.”³⁸³

En el siglo XIX y la primera mitad del XX, cuando las Fuerzas Armadas participaban activamente en la vida política del Estado Mexicano, no existía un libre conocimiento de lo militar por parte de los civiles, salvo que lo dicho por ellos fuese una apología de los valores militares o bien una adulación a sus líderes. De no ser así, los temas militares, particularmente de contenido jurídico, se mantenían en la oscuridad. Esta etapa correspondía a la concepción del “enemigo interno”, inserto en la sociedad misma; las Fuerzas Armadas como instrumento para la represión interna. Ello explica la ausencia de interés de la clase gobernante de transparentar la estructura de sus Fuerzas Armadas y de permitir el acercamiento con la sociedad civil. Como se ha afirmado, “para que un tirano pueda utilizar un ejército contra su propio pueblo, es preciso separarle de él, aislarlo, pues si el ejército está unido al pueblo será muy difícil poderlo usar contra él.”³⁸⁴

En la segunda mitad del siglo XX, México se sumó a algunas de las prácticas generalizadas en Iberoamérica. Las Fuerzas Armadas enfrentaban la subversión, guerrilla y resistencia civil, y actualmente a la delincuencia organizada. Estas funciones le corresponden a la policía no a los militares. El consiguiente debilitamiento y desprestigio de los institutos armados en el cono sur americano se extendió a México. La afectación a los Derechos Humanos de civiles, aunque involuntaria, es consecuencia de la lógica de la guerra y de la dupla amigo y enemigo, que orienta la formación militar. Las Fuerzas Armadas mexicanas han sido entrenadas para el combate, no para realizar funciones policíacas. Eso las desnaturaliza, toda vez que su misión no es la persecución de los delitos y el mantenimiento del orden público, asunto de la competencia de la autoridad civil. Es más su equipamiento tampoco es el adecuado para las tareas que se les asignan en la actualidad.

En un sistema democrático, la función militar se entiende como propiamente defensiva. El enemigo se sitúa a priori en el exterior. En este contexto de democracia y de enemigo externo, las investigaciones sobre

³⁸³ FUMAROLA citado por COTINO HUESO, Lorenzo. “El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas”, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2002, pág. 39.

³⁸⁴ BUSQUETS, Julio; “El Militar de Carrera en España”, 3ª edición, Ariel, Barcelona 1984, pág. 209.

temas militares y de defensa por parte de los civiles, deben orientarse a la convergencia del estamento militar con el resto de la sociedad de la que forman parte. Resulta recomendable que las Fuerzas Armadas y la sociedad converjan, pues de este modo, se fomenta la necesaria cohesión frente al posible enemigo común. Se aleja la posibilidad de que tanto civiles como militares, pretendan dar cauce a sus pretensiones políticas, apoyándose en el uso de la fuerza de las armas y no desde la legitimidad del ejercicio de los derechos y de las libertades.

Los órganos del fuero militar y su marco regulatorio, fue elaborado en la década de los treintas, en uso de facultades especiales concedidas al Presidente de la República y en un contexto político donde las instituciones mexicanas posrevolucionarias aún estaban en proceso de formación. Las Fuerzas Armadas mexicanas han evolucionado notablemente desde entonces, profesionalizándose en todos los aspectos vinculados a su responsabilidad operativa. El marco normativo que las rige resulta obsoleto y requiere de una adecuada actualización para empatarlo con los requerimientos del Estado Mexicano moderno. La estructura y organización actuales del fuero de guerra no garantizan la independencia e imparcialidad de los tribunales militares. No se trata de realizar algunos ajustes parciales con el fin de perfeccionar el actual sistema de justicia militar mexicano. El desafío es mayor, toda vez que las reformas al estamento militar deben permitir el equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales, tanto de militares como civiles, y la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas. Hay mucho en juego, ya que la legitimidad del Estado Mexicano descansa en buena medida en su sector armado, que enfrenta los desafíos de la delincuencia organizada y de grupos guerrilleros que amenazan su seguridad interior. Se necesita replantear la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, pero sin olvidar que nuestra historia, registra el hecho de que resulta fácil sacar al ejército de sus cuarteles. Lo difícil es volverlo a meter.

Hoy más que nunca es necesario adecuar el marco constitucional de las Fuerzas Armadas mexicanas. Aunque más que adecuarse debe construir uno acorde a las necesidades del México contemporáneo. He repetido en diversos foros que las normas fundamentales que se refieren al instituto armado no han sido tocadas “ni con el pétalo de una reforma constitucional”. Ha sido grande la tentación de la clase política mexicana de dejar una impronta en la Constitución mexicana de 1917. El total de

reformas y adiciones constitucionales al 10 de julio de 2015 es de seiscientas veintinueve.³⁸⁵ Los artículos 13 y 129 constitucionales que determinan el marco normativo de las Fuerza Armadas y establecen la naturaleza de sus funciones, no han tenido reforma alguna. Es más en la Constitución de 1857 el guarismo del artículo que correspondía al fuero de guerra era el 13, mismo que le fue asignado en la actual constitución de 1917. Ni siquiera eso cambió. Además la redacción del artículo 13 ha permanecido inalterada desde la fundación del Estado mexicano, salvo algunos matices.

El nuevo marco regulatorio para las Fuerzas Armadas deberá partir de una adecuada configuración constitucional. En ella se deberá considerar al instituto armado en su conjunto, como una corporación del Estado mexicano. Asimismo habrá de considerarse al militar, en su aspecto individual, ubicándolo como “ciudadano en armas”. Doble aspecto que será analizado en seguida, iniciando con la configuración institucional del instituto armado y posteriormente atendiendo la naturaleza de la relación especial de sujeción que vincula al ciudadano mexicano con el servicio militar voluntario.

La primera tarea será definir y establecer el modelo de configuración para sus Fuerzas Armadas. Adoptar cualquiera de las doctrinas que el derecho comparado ofrece como alternativas. Se puede optar por el modelo institucionalista o divergente. En este, las Fuerzas Armas son una institución autárquica que separa las condiciones de ingreso y permanencia para los servidores públicos militares respecto de los civiles. Se trata de un doble estándar en cuanto a las relaciones administrativo laborales entre el individuo y la institución para la cual prestan sus servicios. Cabe aclarar que el modelo que adopta actualmente nuestra constitución es precisamente este.

Existe la posibilidad de configurar al instituto armado con base al modelo administrativista o convergente que asimila plenamente a los servidores públicos civiles y a los militares. Ello significa que los militares tendrán las mismas condiciones laborales de los civiles, pero los primeros estarán sujetos a un régimen exorbitante de control administrativo que caracteriza las relaciones especiales de sujeción. A nivel constitucional se

³⁸⁵ Cfr. El portal electrónico de la Cámara de Diputados presenta el total de reformas y adiciones a la Constitución. Véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_art.pdf

establecen las limitantes a los Derechos Humanos del personal militar. Este modelo es el que utiliza Alemania, otorgando realidad jurídica al concepto de "ciudadano en armas".

Finalmente se puede optar por un modelo ecléctico que, más que combinar los esquemas anteriores, segmenta a las Fuerzas Armadas en función de la naturaleza y complejidad de sus misiones, así como de su importancia estratégica. Este modelo que adopta Estados Unidos de América determina que algunas unidades o servicios estratégicos requieren de una normativa más exigente que otras. De esta manera los comandos estratégicos nucleares o las unidades de fuerzas especiales, requieren un marco jurídico normativo mucho más exigente que aquellas unidades encargadas de tareas administrativas dentro de las Fuerzas Armadas.

Sea cual fuere la opción, la Constitución General de la República deberá especificar aspectos tales como el mando de las Fuerzas Armadas, su actuación conjunta y su ubicación institucional dentro de la administración pública federal. Asimismo se deberán especificar claramente los controles constitucionales y legales a los que deberá estar sujeto el instituto armado. Ya sea en sede ejecutiva o legislativa deberá existir una clara definición constitucional de los alcances respecto al control y supervisión de las Fuerzas Armadas, por cuestiones estratégicas y de seguridad nacional.

Se deberán definir las misiones que corresponden a las fuerzas de tierra, mar y aire, dejando a la legislación secundaria los aspectos de organización, coordinación y especialmente analizar la conveniencia de crear un estado mayor conjunto.

También se deberá distinguir la actuación de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y en estado de guerra o de emergencia nacional. Para esta segunda hipótesis, las leyes marciales que expida el Congreso de la Unión deberán favorecer la adecuada actuación de las Fuerzas Armadas.

En cuanto al tiempo de paz también deberán distinguirse diversas categorías. Partir de una conceptualización de "tiempo de normalidad institucional" en el cual las Fuerzas Armadas únicamente deberán abocarse a su adiestramiento y permanente capacitación. Pero aun en tiempos de paz existen situaciones conflictivas que ponen a la sociedad en riesgo. Desastres naturales o la falta de control en la seguridad pública pueden devenir en un estado de emergencia que afecte la seguridad nacional. Es por ello que también se debe de modificar el artículo 29 constitucional para establecer

diferentes categorías en cuanto a los estados de excepción. Con ayuda del derecho comparado podemos graduar las emergencias nacionales desde un simple estado de prevención, incrementándose a alarma, excepción, sitio o suspensión plena de los derechos humanos. El texto actual de dicho artículo es insuficiente y por lo mismo prácticamente inaplicable. El cambio propuesto daría una seguridad institucional a las Fuerzas Armadas. Particularmente abonaría a la legitimidad de su actuación para los casos en los que deba asumir funciones de seguridad pública u otras necesarias para procurarle bienestar a la población civil.

Considero importante en las actuales circunstancias del país mantener una jurisdicción miliar especializada en su doble aspecto, penal y disciplinario. Por cuanto hace a la jurisdicción penal militar requiere de una configuración constitucional expresa. Se deben establecer los lineamientos y principios para la tipificación de los delitos estrictamente castrenses. Estos deberán ser aquellos que vulneren valores jurídicamente relevantes para que las Fuerzas Armadas cumplan eficazmente las misiones que constitucionalmente se les asigne. Es más podríamos generalizar que los únicos delitos de corte militar son la insubordinación, la desertión y el abuso de autoridad, así como sus variantes y derivaciones. Sería recomendable sentar las bases para la transición de la justicia penal militar al modelo acusatorio. Ello provocaría la muy necesaria revisión del Código de Justicia Militar.

Asimismo debemos establecer los principios que orienten a la justicia disciplinaria militar. Se deberán plasmar en la norma constitucional los principios rectores del derecho disciplinario. Estos son la inmediatez, ejemplaridad, preservación de la escala de mando y cuestiones relacionadas con el proceso de su imposición la cuantía de la sanción y los recursos para combatirlas.

La segunda parte de las reformas constitucionales requeridas se refieren al ciudadano mexicano que sirva profesionalmente en las Fuerzas Armadas. Se debe migrar al principio de relaciones especiales de sujeción, en sustitución del contrato de enganche, para normar los vínculos jurídicos entre el Estado mexicano y los ciudadanos que presten el servicio militar voluntario en cualquiera de sus modalidades. Seguidamente se deberá considerar la necesaria atemperación a los derechos humanos de quienes presten servicio. En este caso se deberá adoptar el principio de mínima limitación y máxima tutela. Los derechos que la constitución garantiza a los habitantes de nuestro país no deberán limitarse más de lo estrictamente

necesario para el adecuado desempeño del servicio público de seguridad nacional. También deberá establecerse el alcance temporal de dicha limitación, toda vez que esta no debe de afectar a los militares en situación de retiro. Se debe establecer una enumeración detallada de cuáles derechos fundamentales se deben atemperar y la medida y alcance de esta. Se recomienda justipreciar y ponderar las necesidades del servicio frente a la atemperación mínima necesaria.

En términos generales la reforma constitucional debe vislumbrar una adecuada vinculación entre las Fuerzas Armadas y la sociedad civil, de tal manera que al término de una vida militar activa los retirados puedan asimilarse al sector productivo civil. Se debe favorecer un proyecto de vida al término del tiempo de servicio.

El proyecto concreto para estas reformas, deberá ser pergeñado desde el sector académico. Se requiere de un esfuerzo colectivo y adecuadamente informado para concretar el objetivo de construir un marco jurídico que proporcione legitimidad a la actuación de las Fuerzas Armadas frente a la sociedad; fortaleza institucional al instituto armado; seguridad jurídica a los militares en lo personal. Todo ello en clave de tutela de Derechos Humanos, pero preservando la operatividad y disciplinada eficiencia de las Fuerzas Armadas.

En el desarrollo de este capítulo se presenta un diagnóstico de la jurisdicción castrense en México. Partimos de un esbozo de su historia y evolución hasta el presente. Enseguida haremos una confrontación entre la **Teoría General de la Jurisdicción Militar**, esbozada en el Capítulo I, y la realidad mexicana. Finalmente analizaremos los criterios emitidos por los tribunales mexicanos, así como por la Corte de san José.

A. GÉNESIS DE UNA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA FUERZAS ARMADAS

México ha recibido tradicionalmente influencia de muchos países al conformar sus instituciones. En lo militar no ha sido la excepción. Conocer los orígenes y evolución de la jurisdicción militar en México, facilita el entendimiento de sus características actuales. Por razón de origen, cultura y cercanía, la influencia española ha sido fundamental. Las instituciones virreinales fueron acunadas en la Metrópoli y el derecho indiano se trasladó al México independiente. Posteriormente las dos intervenciones francesas y el Imperio de Maximiliano, aportaron la tendencia codificadora en el último

tercio del siglo XIX. El primer Código de Justicia Militar (1882) fue producto de ello. Finalmente por su ubicación geopolítica, no somos ajenos a la influencia estadounidense.

Para todos los países de Iberoamérica, la construcción de una institución armada subordinada al poder civil desde una plataforma de liberalismo democrático, se sustenta en principios jurídicos que surgieron en distintos momentos históricos en España, Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de América.

De la influencia de los británicos debemos resaltar la "Bill of Rights" de 1689.³⁸⁶ Traducida como Carta de derechos o Declaración de derechos, transformó la monarquía británica en una institución sometida al Parlamento. Con ello sentó la base del constitucionalismo inglés. Fue el resultado de la "Revolución Gloriosa" en la que el Parlamento impuso como monarca inglés al príncipe Guillermo de Orange como sucesor del Rey Jacobo II, para evitar la reinstauración del catolicismo.³⁸⁷ Ello permitió recuperar y fortalecer las facultades parlamentarias, notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de la dinastía Estuardo (Stuart), Carlos II y Jacobo II.³⁸⁸ Este cuerpo legal establecía claramente que "La formación y sostenimiento de un ejército en el reino en tiempo de paz, sin el permiso del parlamento son contrarios a la ley."³⁸⁹ El Parlamento autorizaba anualmente la existencia del ejército de tierra a través de un "Mutinity Act". Por el contrario a la marina de guerra se le autorizó su funcionamiento continuo. Se dictó todo un cuerpo de leyes que conformaban el estatuto jurídico de las

³⁸⁶ Cfr. <http://avalon.law.yale.edu> donde se puede consultar el texto del "Bill of Rights".

³⁸⁷ WILLIAMS, Brenda. "Kings and Queens" Pitkin Publishing, United Kingdom, 2004. Pág. 88.

³⁸⁸ Cfr. BREAY, Claire y HARRISON, Julian. "Magna Carta, Law, Liberty, Legacy". The British Library, 2015. Pág. 135.

³⁸⁹ Cfr. Idem, pág. 135: "By raising and keeping a standing army within this kingdom in time of peace without consent of Parliament, and quartering soldiers contrary to law". El texto se puede consultar también en <http://avalon.law.yale.edu>

fuerzas armadas entre éstas el “Army Act” desde 1881 y el “Naval Discipline Act”.³⁹⁰

Las contribuciones británicas más importantes para el derecho militar fueron:

- la condición de militar era compatible con la de todo ciudadano inglés;
- la sumisión de las fuerzas armadas a la ley;
- la distribución de competencias, en materia militar, entre los poderes ejecutivo y legislativo;
- la superación del principio de obediencia ciega, debiendo el militar responder de sus actos contrarios a la ley como cualquier otro ciudadano.

El Constitucionalismo estadounidense aportó dos principios fundamentales para la cuestión que nos ocupa:

- las fuerzas armadas se encuentran subordinadas al poder civil; y
- los ejércitos en tiempos de paz pueden ser un peligro para la libertad.

La Declaración de Virginia (12 de junio 1776), establecía en el punto XIII que: “Una milicia regulada, reclutada entre el pueblo, entrenada en el manejo de las armas, es la defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre; los ejércitos permanentes en tiempo de paz deben ser evitados como peligrosos para la libertad; y en todo caso las fuerzas armadas estarán bajo la estricta subordinación y gobierno del poder civil”.³⁹¹

³⁹⁰ Cfr. Mutiny Act: “Nada de lo que aquí se contiene será interpretado como que se exceptúa a ningún oficial o soldado, quienquiera que sea, del cumplimiento ordinario de la ley” <http://avalon.law.yale.edu> donde se puede consultar el texto del “Mutiny Act”, Army Act” y “Naval Discipline Act”.

³⁹¹ Cfr. Virginia Declaration of Rights, XIII: That a well regulated militia, composed of the body of the people, trained to arms, is the proper, natural, and safe defense of a free state; that standing armies, in time of peace, should be avoided as dangerous to liberty; and that, in all cases, the military should be under strict subordination to, and be governed by, the civil power. <http://avalon.law.yale.edu>

Alexander Hamilton en 1788 se inclinaba a favor de un ejército de defensa, que no interviniera en el interior del país. Consideraba que de esta forma los ciudadanos no estarían en peligro de caer bajo la subordinación militar. "La reducción del ejército suministra el poder de la comunidad y lo subraya; los ciudadanos no se habitúan a buscar la protección militar, o a someterse a su opresión, no aman ni temen al soldado; ellos los ven con un espíritu de celosa aquiescencia, como un mal necesario y están listos a resistir un poder que suponen puede ser ejercitado en perjuicio de sus derechos. La continua necesidad de sus servicios exalta la importancia del soldado y proporcionalmente degrada la condición del Ciudadano. El Estado Militar llega a elevarse por encima del civil. Los habitantes de territorios, que son frecuentemente teatros de guerra, están inevitablemente sujetos a frecuentes violaciones a sus derechos, lo cual sirve para debilitar su sentido de estos derechos, y gradualmente el pueblo llega a considerar al soldado no únicamente como su protector sino como su superior. La transición de esta situación a aquella de considerarlos como sus amos no es ni remota ni difícil; pero es muy problemático evitar que personas que se encuentran bajo tales impresiones realicen una valiente o efectiva resistencia a las usurpaciones apoyadas por el poder militar."³⁹²

- En la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se postularon dos principios fundamentales: 393

³⁹² Cfr. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. "The Federalist Papers, No. 24 The Powers Necessary to the Common Defense", Hamilton. <http://avalon.law.yale.edu>

³⁹³ Cfr, En el Título IV: de la fuerza pública, se establece: "Artículo Primero. La fuerza pública se instituye para defender el Estado de los enemigos de fuera y para asegurar dentro el mantenimiento del orden y la ejecución de las leyes. 2. Se compone - Del ejército de tierra y mar; - De la tropa especialmente destinada al servicio en el interior; - Y subsidiariamente de ciudadanos activos, y sus hijos, en estado de llevar armas, inscritos en la lista de la guardia nacional. 3. La guardia nacional no forma ni un cuerpo militar, ni una institución del Estado; son ciudadanos llamados al servicio de la fuerza pública. 4. Los ciudadanos nunca podrán constituirse ni actuar como guardias nacionales si no es con un requerimiento o autorización legal. 5. Están sometidos en este estado a una organización determinada por la ley. - No puede haber en todo el reino más que una disciplina y un uniforme. - Las distinciones de grado y la subordinación no existen relativamente más que mientras dure el servicio. 6. Los oficiales son elegidos temporalmente y no pueden ser reelegidos más que después de un periodo de servicio como soldados. - Nadie mandará la guardia nacional de más de un distrito. 7. Cualquier parte de la fuerza pública, empleada para garantizar la seguridad del Estado frente enemigos exteriores, actuará bajo las órdenes del Rey. 8. Ningún cuerpo o destacamento de tropas de línea puede actuar en el interior del reino sin requerimiento legal. 9. Ningún agente de la fuerza pública puede entrar en el domicilio de un ciudadano, si no es

- el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas. En el Título IV artículo 12 de la referida constitución se establece: “La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar.”
- existencia de un Derecho Penal militar y de una jurisdicción especial castrense. Divide las competencias con relación al ejército entre los organismos del Estado; al legislativo le correspondía disponer lo necesario para el mantenimiento de la disciplina, determinando los delitos militares, sus penas y formas de enjuiciamiento. Ello daba respaldo constitucional a la jurisdicción penal militar.

En relación a España, desde las mesnadas de la Corona de Castilla y Aragón del siglo XV hasta el surgimiento de una concepción liberal de la institución armada subordinada al poder civil en la segunda mitad del siglo XX, los ejércitos permanentes actuaban como el principal punto de apoyo de las monarquías y de los grupos de poder. Consumada la independencia de Iberoamérica, también lo fueron de los caudillos locales, que asumían presidencias o creaban imperios como Agustín de Iturbide. Las Fuerzas armadas de esa época se caracterizaban por ser un instrumento al servicio de los intereses personales del monarca o del dictador en turno. Determinaban el tamaño del ejército, los ascensos y remociones y las normas de disciplina, cuya aplicación se encontraban a cargo de los mandos.

Como otros muchos gremios, los militares gozaban de un fuero propio, el cual fue fuente de innumerables abusos. Casado Burbano señala: “Los militares gozaban de un fuero propio; era un factor diferencial en una sociedad estratificada por estamentos. Al disfrute de una serie de privilegios, exenciones e inmunidades, el estamento castrense unía el

para ejecutar una orden policial o judicial, o en los casos formalmente previstos en la ley. 10. El requerimiento de la fuerza pública en el interior del reino corresponde a los oficiales civiles, de conformidad con las reglas determinadas por el Poder legislativo. 11. Si hay disturbios en un departamento, el Rey dará, bajo responsabilidad de sus ministros, las órdenes necesarias para la ejecución de las leyes y el restablecimiento del orden, pero con la carga de informar al Cuerpo legislativo, si está reunido, y de convocarlo, si no lo estuviera. 12. La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar. 13. El ejército de tierra y mar y la tropa destinada a la seguridad interior están sometidas a las leyes particulares, en relación al mantenimiento de la disciplina, a la forma de los juicios y a la naturaleza de las penas en materia de delitos militares.” El texto de la Constitución de 1791 en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/115/99>

sometimiento a una jurisdicción peculiar. En principio, las causas civiles y criminales en la que figurase como demandado o como presunto acusado un militar, sus próximos familiares o sus criados, quedaban sustraídas al conocimiento de la administración de justicia ordinaria y atribuida a la competencia de jueces domésticos, aunque el objeto del litigio fuese ajeno a la función o al servicio militar. Abusos y desmanes cometidos contra intereses de personas pertenecientes a otros grupos sociales quedaban, unas veces en apariencia y otra en la realidad, impunes³⁹⁴.

Este tipo de ejército se encontraba integrado por personas de origen diverso, por un lado los nobles eran los únicos que podían ostentar el mando y por el otro la tropa estaba conformada por delincuentes, vagabundos o mercenarios. Incluso en las ordenanzas navales se usaba la expresión “vil y canalla marinería”, para referirse al origen abyecto de las tripulaciones.

Las transformaciones geopolíticas de fines del Siglo XVIII impactaron especialmente a la España de Carlos III. Las reformas borbónicas fueron la respuesta tardía a su inminente derrumbe como potencia mundial. Especialmente en materia militar se hizo necesario organizar un ejército permanente para la América española. Se levantó una fuerza armada que controlara las rebeliones y los disturbios populares, además de frenar los ataques extranjeros y al contrabando. Consecuentemente, el gasto e inversión destinados a las fuerzas armadas se incrementaron y con ello la importancia política de la jerarquía castrense. Quienes auxiliaron a pergeñar estas reformas, pero sobre todo los que estimaron sus costos, no debían ignorar el pensamiento del Barón de Montesquieu sobre la necesidad de establecer controles y evitar un excesivo poder que pudiera facilitar esquemas autoritarios. De su obra *Del Espíritu de las Leyes* se transcribe lo siguiente: "Para que aquel que ejecuta no pueda oprimir, es necesario que los ejércitos que se le confían pertenezcan al pueblo y participen de su mismo espíritu, como sucedió en Roma hasta el tiempo de Mario. Y para conseguir esto no hay sino dos medios: o que los que se emplean en el ejército tengan bastantes bienes para responder de su conducta a los demás ciudadanos y no estén alistados más que por un año, como se practicaba en Roma, o que si existe un cuerpo permanente de tropas, en el que los soldados sean una de las partes más bajas de la nación,

³⁹⁴ CASADO BURBANO, Pablo. “Las Fuerzas Armadas en el inicio del Constitucionalismo Español.” Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1982. Pág. 18.

el poder legislativo pueda licenciarlo cuando quiera, y los militares habiten con los ciudadanos, no habiendo campos separados, ni cuarteles, ni plazas de guerra."³⁹⁵

El cura Miguel Hidalgo, iniciador del movimiento de independencia mexicana era un hombre muy culto y dado a las lecturas francesas por entonces proscritas en la Nueva España. Puede ser probable que recordara la cita transcrita del *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu y temeroso de una soldadesca desenfrenada, decidiera no ocupar la Ciudad de México, a pesar de su victoria en el Monte de las Cruces, localidad ubicada en las goteras de la capital virreinal.

En materia de justicia militar, la región Iberoamericana comparte los mismos orígenes y desarrollo similar. Al inicio de la vida independiente, todos los Estados continuaron con sistema jurídico heredado de España. Las “Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos” dictadas por el Rey Carlos III en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768, fueron el primer cuerpo normativo castrense en la América española. Estas normas especificaban las obligaciones del militar según su grado jerárquico, haciendo especial énfasis en valores típicos de la personalidad militar como el sentido del deber, el honor, la subordinación jerárquica y la disciplina del soldado. Se complementó con un decreto real el 9 de febrero de 1793, que estableció el fuero militar en los Ejércitos de España y Ultramar, consistente en el juzgamiento de los delitos cometidos por militares en tribunales castrenses. Estuvieron en vigor en gran parte de la región hasta mediados del siglo XIX.

A partir de la segunda mitad del ese siglo surgieron leyes militares propias de cada Estado, tomando como modelo la legislación castrense franceses y prusiana. “Entre los primeros países que inician este proceso se encuentran Chile, Colombia y Ecuador. Para inicios del siglo XX, todos los países de la región contaban con un código conteniendo las principales

³⁹⁵ MONTESQUIEU. “Del Espíritu de las Leyes”. Editorial Porrúa, colección Sepan Cuantos, número 191, México, 1982. Pág. 78.

disposiciones para regular el orden, la disciplina y el respeto a principios militares en sus ejércitos.”³⁹⁶

La codificación de la justicia militar dio claridad al sistema normativo militar. Establecían límites a la actuación de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Ello contribuyó a la institucionalización y profesionalización del instituto armado. Las viejas ordenanzas no lograron tal cometido puesto que estaban diseñadas con escasa aplicabilidad y complicada estructura. Durante todo el siglo XIX y el XX, los militares en Iberoamérica fueron un factor de poder determinante. Con golpes de estado, cuartelazos y asonadas, buscaban la estabilidad, además de abonar a sus aspiraciones y ambiciones políticas y económicas personales. Pero el resultado fue desastroso. Impidieron el nacimiento y consolidación de instituciones democráticas. Las Constituciones leyes secundarias se estructuraban para controlar a las Fuerzas Armadas vez de configurarlas para hacer más eficiente su operación.

En la segunda mitad del siglo XX, las tensiones sociales y políticas internas, favorecieron el surgimiento de grupos contestatarios del Estado. Por medios violentos buscaban transformar el ordenamiento político vigente. En Argentina, Chile, Perú, Paraguay, Bolivia sus gobiernos eran dictatoriales y fuertemente represivos. Estaban dominados por militares. Su origen y permanencia no eran legítimos. “Los gobiernos militares o civiles dieron entonces mayor libertad de actuación a las Fuerzas Armadas, creando mecanismos legales que permitían la participación de las Fuerzas Armadas en el orden interno y, de esa manera, brindaban garantías a la incursión militar en luchas contrainsurgentes.”³⁹⁷

Coincidió con Donadio en el sentido de que “en los países donde los sistemas de justicia militar se constituyeron en jurisdicciones de excepción, se afectó la capacidad de ejercer control civil sobre el estamento militar, facilitando el establecimiento de regímenes de impunidad, escasamente transparentes e inclinados a cometer abusos. En estos contextos fue posible observar el deterioro de garantías a los derechos humanos e incluso, normas

³⁹⁶ DONADIO, Marcela, “La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia”, RIAL, Juan (compilador). RESDAL Red de Seguridad y Defensa de América Latina, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, RESDAL, 2010. Pág. 43-45.

³⁹⁷ DONADIO, Marcela. Op. cit. pág. 48.

propias del llamado derecho militar, al amparo de un sistema que al regirse por preceptos de jerarquización y no deliberancia dificultaba la independencia e imparcialidad requerida en contextos democráticos.”³⁹⁸

Los procesos de democratización en Iberoamérica de finales del del siglo XX, y en México a partir del XXI, cuestionan a las instituciones tradicionales, entre ellas a las fuerzas de defensa y seguridad. En mayor o menor medida, se abrieron espacios de debate y reflexión, con participación de una sociedad civil que empezaba a recomponerse de la crisis política de décadas anteriores. Algunos de los primeros temas de reflexión giraron en torno a la actuación de las Fuerzas Armadas en los conflictos internos, los roles y misiones que les serían asignados en el futuro y la necesidad de plantear reformas institucionales profundas. Varios países crearon comisiones de la verdad, otros simplemente optaron por el olvido y expidieron leyes de amnistía.³⁹⁹

Surgieron en todo el subcontinente Iberoamericano iniciativas para modificar las relaciones civiles militares. Se incorporaron a las agendas nacionales temas como el fortalecimiento del control civil sobre militares y la conducción civil de la política de defensa. Las instituciones armadas se abrieron al escrutinio público en un ejercicio impensado de transparencia institucional. Se desarrollaron políticas públicas con perspectiva de género y en clave de derechos humanos. En suma se penetró el velo que cubría a las Fuerzas Armadas.

La percepción generalizada en la academia y la sociedad civil, sobre la justicia militar como un tema profundamente específico y técnico, ha jugado un papel decisivo en el debate logrado hasta el momento. Lamentablemente se aborda con gran ignorancia por los medios de comunicación e incluso por quienes se consideran a si mismos académicos y formadores de opinión. Han propalado la idea de que el fuero militar es una fuente de privilegios e impunidad para los militares. Nada más alejado de la realidad.

³⁹⁸ Idem

³⁹⁹ En Argentina se expidió la **Ley 23.492 de Punto Final** que estableció la prescripción de la acción penal contra los imputados de desaparición forzada de personas, detenciones ilegales, tortura, homicidio y otros más cometidos durante la dictadura militar 1976-1983. Posteriormente fue derogada durante el régimen democrático de Raúl Alfonsín.

La evolución de la justicia militar en la historia ha supuesto así, una extensa sucesión de hechos y momentos de contenido político para la historia de los países de la región. En tiempos más recientes, hablar de la justicia militar supone discutir una cuestión de connotación institucional para las Fuerzas Armadas, aquél que aparta a sus integrantes de un marco jurídico ordinario, al que están sujetos todos los ciudadanos.

Como es posible notar a través de este breve recorrido, la importancia de analizar la justicia militar radica más allá de los aspectos legales que ésta introduce en cada país, con las implicaciones sociales y políticas que ha supuesto, y supone hasta la fecha, para los miembros de las Fuerzas Armadas y el resto de los ciudadanos en un contexto democrático. Por esta razón es que, actualmente la tendencia predominante en la región apunta a la reforma del marco normativo de la justicia militar tradicional. Hasta el momento solamente se plantean dos caminos. El primero es el de la modernización de la justicia militar para adaptarla a la realidad sociopolítica contemporánea para legitimarla en un nuevo contexto. La segunda vía es la supresión del fuero militar, y su asimilación a la justicia común.

Cualquiera que sea el derrotero que elija cada Estado de la región Iberoamericana respecto al futuro de la justicia militar, la decisión se tomará, no con base en motivos técnico jurídicos, sino en razón a sus contextos histórico políticos particulares.

En cualquier escenario la justicia militar aparece como un elemento de tensión resultado de relaciones históricas entre Estado, Fuerzas Armadas y sociedad. Están en juego aspectos como la construcción y redefinición de los Estados y sus aparatos, el interés de las Fuerzas Armadas por desarrollar una cohesión y autonomía acordes con sus fines corporativos, y la voluntad de la sociedad por involucrarse en temas considerados, durante mucho tiempo, especializados y propios de militares.

1. La subsistencia del fuero de guerra: una búsqueda de su origen

Para establecer los períodos en la evolución del derecho castrense y del fuero de guerra, se pueden tomar como base los hechos políticos relevantes o los textos constitucionales vigentes a lo largo de la historia nacional. Pero estos dos criterios pueden resultar insuficientes para distinguir diversas etapas en la evolución de esta disciplina jurídica. En todos los acontecimientos que determinaron el derrotero político mexicano, la presencia de las Fuerzas Armadas es una constante, por lo que se debe

descartar este esquema. Los textos constitucionales son coincidentes en establecer que “subsiste” el fuero de guerra y por lo mismo la legislación que lo sustenta. Durante la vigencia de diversas constituciones, inclusive de diferente sustrato político ideológico, se mantuvo la vigencia del orden jurídico virreinal. Por esta razón, tampoco resulta viable este criterio de clasificación.

La forma de periodizar debe permitir alcanzar el objetivo que se plantea en esta investigación, que es el análisis de la subsistencia de la legislación castrense virreinal, en el México independiente. Determinar el momento en que la legislación indiana dejó de tener vigencia y aplicación, para ser sustituida por otra expedida por los poderes constitucionalmente establecidos. Lo más adecuado, será adoptar una periodización que tome en cuenta los pasos que se fueron dando en el proceso de sustitución de los ordenamientos jurídicos coloniales.

Como esquema para analizar la subsistencia y evolución del derecho militar comenzaremos determinando la legislación militar española, cuya vigencia se trasladó a la Nueva España. Lo segundo será establecer la subsistencia del orden jurídico virreinal, en el México independiente, y su integración al nuevo ordenamiento jurídico nacional en gestación. Por las razones que hayan sido, en esta etapa no se sustituyeron los ordenamientos novohispanos por cuerpos jurídicos nacionales, aunque se dictaron varias leyes que complementaron y adicionaron a las ordenanzas indianas, que sirvieron para atender problemas concretos, más que para ordenar o unificar a la legislación militar. Finalmente considero que existe una tercera etapa evolutiva, consistente en la codificación del derecho militar, que se aparta de la tradición española de las recopilaciones, para ubicarse dentro de la órbita de influencia francesa de codificación del derecho, iniciada con el Código Civil de Napoleón.

Para analizar el papel y el lugar que las Fuerzas Armadas tienen en la Constitución mexicana no pueden dejar de hacerse consideraciones de carácter histórico y político. Son las que nos proporcionan las claves para realizar una correcta lectura del texto constitucional. Por sí mismo, dicho texto no nos podría proporcionar el cuadro completo para comprender lo que ha sido y es la jurisdicción especial para las Fuerzas Armadas en México. Del análisis de la configuración constitucional del fuero de guerra, podremos demostrar que su evolución ha sido en el sentido de restringirlo, limitarlo y circunscribirlo cada vez más al ámbito estrictamente militar. Si las limitaciones al fuero militar han sido las constantes históricas, quizá su

desaparición definitiva en tempo de paz y su asimilación al fuero común, sean su destino.

Las constituciones mexicanas han mantenido una prudente distancia de la clase militar y le han respetado sus tradicionales privilegios. En efecto, el solo hecho de introducir una insuficiente regulación de las fuerzas armadas a nivel constitucional y dejar su normatividad a leyes ordinarias del Congreso y en la mayoría de los casos del Ejecutivo federal vía delegación de facultades legislativas, ha fomentado que los militares sean los amos de su propia parcela.

El artículo 13 constitucional vigente, configura de manera muy particular al sistema de procuración e impartición de justicia militar, al preceptuar que “*subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar*”. Lo que subsiste, permanece y se conserva.⁴⁰⁰ En consecuencia la jurisdicción militar se conserva, permanece, tal cual era, antes de la entrada en vigor la Constitución de 1917, con las limitaciones que este ordenamiento supremo le impuso. La palabra subsistencia da cuenta de la idea de mantener, conservar y dejar inalterada la situación de la clase militares. Se le trata con sumo cuidado, no se le quiere modificar su tradicional forma de organización. Tal pareciera que la estabilidad del Estado mexicano depende de ello. En efecto, pocos son los artículos constitucionales que a lo largo del tiempo conservan su redacción y texto original. Tal es el caso de la subsistencia del fuero de guerra. Si comparamos en retrospectiva los textos constitucionales que han tenido vigencia a lo largo de la vida independiente de nuestro país, encontraremos como constante, que todos ellos se refieren ya sea a la subsistencia o a la continuidad del fuero militar. La pregunta obligada resulta ser: ¿Desde cuándo subsiste el fuero militar? ¿Cuál es el punto de partida del que se puede analizar la evolución de la jurisdicción militar? ¿Cuánto se ha desarrollado a partir de su origen? ¿Por la subsistencia del fuero militar, siguen vigentes las diversas ordenanzas, leyes y reglamentos castrenses, en todo lo que no se oponga a la legislación vigente? Para encontrar las respuestas será necesario recurrir al análisis histórico de los textos fundamentales que han estado vigentes en México. Desentrañar la esencia y características de la jurisdicción militar y analizar su evolución, nos

⁴⁰⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 1427.

permitirá además comprender mejor su presente y proponer, de ser necesarias, las modificaciones pertinentes.

La subsistencia del fuero militar que determina la configuración constitucional de la jurisdicción militar mexicana, conduce a una reflexión en torno a determinar cuál es la última institución jurídica virreinal relacionada con dicho fuero que estuvo vigente antes de la consumación de la independencia. Su evolución hasta nuestros días, así como una consideración prospectiva de su futuro, serán analizadas en los siguientes epígrafes. El método retrospectivo resulta ser el más adecuado para ello. Partiremos del texto constitucional vigente para buscar desde cuándo subsiste el fuero de los militares.

El texto constitucional vigente en la actualidad (1917) relacionado con la jurisdicción militar es el artículo 13: “.... **Subsiste el fuero de guerra** para los delitos y faltas contra la disciplina militar; **pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.**”

Si bien es cierto que la convocatoria al Congreso Constituyente de 1916 fue para reformar el texto constitucional anterior de 1857. La parte que se subraya y señala en “negritas”, fue una adición respecto a la Constitución anterior. Se observa que los diputados constituyentes de 1916-17, limitaron aún más el alcance de la jurisdicción militar, excluyendo de forma categórica a los civiles.

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857, también promulgada el 5 de febrero de 1857, en su artículo 13 suprimió el fuero eclesiástico, dada su ascendencia liberal y únicamente preservó el militar. Su texto es el siguiente: “*En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fueros, ni gozar de emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados en la ley. **Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta***”

conexión con la disciplina militar. *La ley fijara con toda claridad los casos de esta excepción*".⁴⁰¹

El texto de los preceptos constitucionales de 1857 y de 1917, son coincidentes en cuanto a la subsistencia del fuero militar y al guarismo, ambos textos lo configuran en el artículo 13. El tratamiento diferenciado al sector militar mantiene el sistema que tradicionalmente ha caracterizado a la justicia castrense. Destaca el hecho de que la Constitución de 1857 usa la palabra “solamente”, en tanto en la Constitución actual, esa palabra está eliminada. Al considerarse que subsiste el fuero militar, debe entenderse que no se le puede limitar ni restringir en cuanto al régimen excepcional que se le señala para los miembros de las Fuerzas Armadas.

Es una constante que todas las facciones políticas a lo largo de la historia, respetan el fuero militar y no se entrometen. En efecto, tanto centralistas como federalistas, liberales y conservador, lo preservarán sobre la misma línea de la subsistencia y la continuidad, es decir se respeta la parcela propia de las Fuerzas Armadas.

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, del 12 de junio de 1843, establecían en el Título II "Derechos De Los Habitantes de la República, artículo 9 fracción VIII: *“Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales, sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas por tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate. Los militares y eclesiásticos **continuarán** sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes”*.⁴⁰² Como se puede observar la idea de subsistencia o continuidad también persiste en esta ley constitucional.

En las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana, decretadas por el Congreso General de la Nación en el año de 1836, conocida como Constitución Centralista de las Siete Leyes se estableció en el artículo 30: *“No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar”*.⁴⁰³

⁴⁰¹ Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Porrúa, México, 1981, pág. 608.

⁴⁰² Ibid, pág. 407

⁴⁰³ Ibid, pág. 237

El proyecto de reformas de 1840 a la anterior constitución conservadora, ratificó lo anterior al establecer en el artículo 106: "*Los militares y eclesiásticos continuarán gozando de sus respectivos fueros*".⁴⁰⁴

La "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos", sancionada por el Congreso General Constituyente, el 4 de octubre de 1824, dispuso en su artículo 154, que: "*Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes*".⁴⁰⁵

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, vigente a partir del 10 de enero de 1822, señaló en su artículo 57, lo siguiente: "*Subsisten los juzgados y fueros militares y eclesiásticos, para los objetos de su atribución, como los peculiares de minería y de hacienda pública, que procederán como hasta aquí, según la Ordenanza y leyes respectivas*".

Como ha quedado demostrado, todos los textos constitucionales vigentes a partir de la Independencia, se refieren a la subsistencia o continuidad del fuero de militar. Lo anterior nos lleva de toda necesidad a establecer que la configuración de la jurisdicción militar, tiene raíces preconstitucionales y que será el marco normativo virreinal el que regule jurídicamente esta institución.

Los documentos políticos emitidos durante la Revolución de Independencia, también son contestes con la tradición de dejar intocadas las instituciones y tradiciones militares coloniales. En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814, se dispone lo siguiente: "*Artículo 171.- En lo que toca al ramo militar, se arreglará a la antigua Ordenanza, mientras que el Congreso dicta la que más se conforme al sistema de nuestro gobierno; por lo que no podrá derogar, interpretar ni alterar ninguno de sus capítulos*".⁴⁰⁶

El "Plan de Iguala", firmado en esa ciudad guerrerense el 24 de febrero de 1821, se pronunciaba en el mismo sentido.

En la etapa previa a la independencia de México y durante la Revolución de Independencia, estuvo vigente la Constitución Política de la

⁴⁰⁴ Ibid, pág. 274

⁴⁰⁵ Ibid, pág. 190.

⁴⁰⁶ Ibid, págs. 34 y 49

Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, cuyo artículo relativo establecía lo siguiente: "*Artículo 250.- Los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la Ordenanza o en adelante previniere.*"⁴⁰⁷

Este precepto constitucional también remite al marco jurídico normativo de las Fuerzas Armadas previo a la promulgación de la célebre "*Pepa*"⁴⁰⁸. Lo indicado será determinar cuál era la "*Ordenanza*", o la "*Ordenanza Antigua*", como la menciona la Constitución de Apatzingán, que establecía el fuero militar y a partir de ella determinar la configuración jurídica de esta jurisdicción especial. Para lograr lo anterior, buscaremos averiguar cuándo se estableció el fuero militar en la Nueva España, cuál fue su marco regulatorio y su evolución, hasta la consumación de la Independencia Nacional.

El resultado anticipado es que cuando se mencionan la "*Ordenanza*", o la "*Ordenanza Antigua*", se refieren a las "Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos" dictadas por el Rey Carlos III en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768. Se complementaron con el decreto real del 9 de febrero de 1793, que estableció el fuero militar en los Ejércitos de España y Ultramar.

2. El traslado de la legislación militar española a la Nueva España

Para conocer cuáles fueron las características del fuero militar que subsistió en el México independiente, debemos analizar la evolución de esta institución jurisdiccional, desde su instauración en la Nueva España, hasta la formación del Ejército de las Tres Garantías, causahabiente de las Fuerzas Armadas virreinales y origen de las Fuerzas Armadas del México independiente. Clasificar los períodos históricos en la evolución de las Fuerzas Armadas, facilitará la comprensión y análisis del fuero militar, toda

⁴⁰⁷ Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Porrúa, México, 1981, pág. 250.

⁴⁰⁸ Me refiero a la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada el 19 de marzo de 1812, día de San José, por lo que el pueblo de Cádiz, la bautizó como la "*Pepa*". Oficialmente, estuvo en vigencia dos años, desde su promulgación hasta el [24 de marzo de 1814](#), con la vuelta a España de [Fernando VII](#), que la abolió. Posteriormente estuvo vigente a partir del 20 de marzo, cuando nuevamente la jura Fernando VII, hasta la consumación de la Independencia de México.

vez que en cada etapa, la jurisdicción militar se configuró con características diferentes. Considero que existen cuatro épocas en el desarrollo de las Fuerzas Armadas en el período virreinal, que son las siguientes:

- I. La etapa de la conquista, las Huestes y la Encomienda
- II. La etapa de las Milicias Provinciales y Urbanas,
- III. La etapa de la formación del ejército regular y permanente,
- IV. La etapa de transición de las Fuerzas Armadas virreinales al Ejército de las Tres Garantías.

Las características de las Fuerzas Armadas virreinales en cada una de estas épocas, va a determinar una particular configuración del fuero castrense.

3. La etapa de la Conquista, las Huestes y la Encomienda

La llegada de los conquistadores a la América septentrional, trajo también las instituciones jurídicas peninsulares y las prácticas militares de la época. Al igual que en España, en esta primera etapa, no existió un ejército regular en la Nueva España. En efecto, los ejércitos de los siglos XVI y hasta la mitad del XVIII, comúnmente se conformaban con mercenarios de distintos orígenes. Era común encontrar germanos, flamencos, irlandeses napolitanos entre otras nacionalidades, formando filas en los tercios españoles que combatían por toda Europa.⁴⁰⁹

Se ha afirmado que la conquista de México la hicieron los indígenas y la Guerra de Independencia los españoles. En efecto, los resentimientos y el odio acumulado en las naciones sometidas por los Mexicas, fueron aprovechadas por Hernán Cortés y sus conquistadores para derrotar a su capital Tenochtitlan. Pero superada esta etapa, la vocación guerrera de los pueblos indígenas, lejos de favorecer la dominación española, la amenazaban. Partiendo de esta situación, podemos comprender que la política que siguió el gobierno virreinal con las regiones conquistadas fue la de no permitir que se armara la población indígena y evitar la creación de fuerzas militares que no fueran las estrictamente indispensables.

⁴⁰⁹ Cfr. Cruz Barney, Oscar. “Notas para un Estudio del Derecho Militar Mexicano”, en Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco. México, 2000, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, págs. 151 y 152.

La organización militar en la Nueva España, durante la conquista y el resto del siglo XVI y principios del XVII, se basó en dos instituciones, que eran: la Hueste y la Encomienda. Respecto de la primera, Cruz Barney señala que: *“durante la etapa inicial de la conquista, la Hueste⁴¹⁰ juega un papel fundamental. Recordemos que la conquista se hizo básicamente a través de capitulaciones con particulares, en donde el capitán de la expedición, recluta soldados a cambio de una parte del botín, oficios, tierras y repartimientos de indios. El soldado por su parte se compromete con su vida y su servicio militar para el buen fin de la empresa, si esta fracasa, no tiene derecho alguno.”*⁴¹¹

Respecto de la Encomienda, era una institución jurídica y económica, de origen antillano que fue implantada en la Nueva España, por la cual un conquistador o un hidalgo, recibía en encomienda un grupo de indígenas para que se aprovechara de su trabajo o de una tributación tasada por la autoridad, y siempre con la obligación, por parte del encomendero, de procurar y costear la instrucción cristiana de aquellos. Los encomenderos tenían la obligación de repeler ataques exteriores o de combatir sublevaciones indígenas. El propio Hernán Cortés estableció esta especie de servicio militar a su cargo en 1524 y hasta la extinción de las encomiendas.⁴¹²

Solamente se mantuvieron cuerpos organizados de manera permanente en las zonas de frontera, amenazadas de continuo por levantamientos indígenas o por incursiones de tribus no sometidas; en las costas, para protegerlas de alguna posible invasión o de ataques piratas y en la capital, donde se contaba con la una guardia del Virrey, la que desempeñaba funciones casi exclusivamente ceremoniales.⁴¹³ En este

⁴¹⁰ Ejército en campaña. Conjunto de los seguidores o partidarios de una persona o de una causa. Véase, Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001.

⁴¹¹ Cruz Barney, Oscar. “Notas para un”, op.cit., pág. 152.

⁴¹² Cfr. Ibid., pág. 152

⁴¹³ La Organización del Ejército en la Nueva España. Boletín del Archivo General de la Nación, XI octubre-diciembre de 1940, pág. 622. El Palacio Real de México, contaba con una compañía de Alabarderos compuesta de 2 oficiales y 23 de tropa; esta unidad fue creada en 1695 y fue extinguida en 1765, por órdenes del general Juan de Villalba.

período, las Fuerzas Armadas novohispanas, además de realizar actividades militares propiamente dichas, como las de exploración, expansión y defensa de los territorios, ejercían también funciones de policía, como el mantenimiento del orden público y la vigilancia de la población civil.

4. *Un fuero militar de conveniencia: Las Milicias Provinciales y Urbanas*

La segunda etapa, no comienza en una fecha o con un acontecimiento particular, sino con la práctica de formar milicias con los vecinos de la zona. En casos de extrema necesidad, la autoridad los convocaba, a la formación de milicias locales para la defensa de la población y pasada la emergencia, estas se disolvían. Estaban obligados a tener armas y acudir periódicamente a los “*alardes*”.⁴¹⁴ Los monarcas españoles ordenaron a todas las autoridades de las Indias: “*Que en los puertos de mar se hagan alardes y reseñas tres vezes (sic) al año. El Emperador don Carlos y el Cardenal, gobernando (sic), en Madrid a 7 de octubre de 1540. Don Felipe II en Sevilla a 7 de mayo de 1570, lib. IV. Tít. V, ley. 20.*”⁴¹⁵

Las milicias ciudadanas fueron paulatinamente evolucionando, de tal manera que pasaron de ser fuerzas integradas por ciudadanos, sin instrucción militar, convocadas solamente en casos de emergencia por la autoridad, a fuerzas militares organizadas, armadas y sostenidas por los diferentes gremios de las localidades. También fueron ampliando sus funciones, asumiendo tareas de policía, traslado de reos, escoltar viajeros y demás relacionadas con el mantenimiento del orden público y combate a la delincuencia. Fueron los acontecimientos y la necesidad las que provocaron el desarrollo de las milicias como lo demostraré con los hechos que se narran enseguida.

⁴¹⁴ Formación militar en que se pasaba revista o se hacía exhibición de los soldados y de sus armas. Lista o registro en que se inscribían los nombres de los soldados. Véase, Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001. El propósito de estos ejercicios era pasar revista al estado y condición de las milicias y su armamento, para conocer de manera cierta si estaban en condiciones de enfrentar una emergencia.

⁴¹⁵ Recopilación de las Indias, por Antonio de León Pinelo, edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho, Gobiernos del Estado de México y Chiapas, ... Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1992. Citado por Cruz Barney en “Notas para una Historia... op cit, pág. 153.

En la ciudad de México, el 8 de junio de 1692 el día comenzó con los festejos de la celebración del Corpus Christi, lo que congregó mucha gente. Una prolongada escasez de alimentos, principalmente de maíz, que se padecía, ocasionó un motín, “*no sólo de indios sino de todas las castas*”⁴¹⁶. Las autoridades de la capital no contaban con una fuerza suficiente para controlarlo y al final del día, el centro urbano de la capital virreinal, acabó en llamas y saqueo.⁴¹⁷ Los comerciantes de la ciudad fue el que más pérdidas resintieron por estos acontecimientos y en respuesta organizaron un cuerpo armado permanente compuesto por individuos pertenecientes al comercio y a los distintos gremios, afectados por el motín. El Rey Carlos II consideró prudente la regularización de esta fuerza y mediante una real cédula del 18 de febrero de 1693, concedió a los comerciantes de la capital de la Nueva España la formación de un Regimiento del Comercio, cuerpo que debía ser financiado y quedar bajo la responsabilidad del Consulado de México. A partir de estos acontecimientos, fue frecuente que los gremios de carniceros, panaderos, curtidores, plateros o el ayuntamiento, por mencionar algunos, sostuvieran unidades urbanas militares.⁴¹⁸

En la Nueva España no existió un ejército regular y permanente, sino hasta la década de 1760-70. Hacia la mitad del siglo XVIII, las fuerzas militares en el Virreinato de la Nueva España, estaban compuesta por unos cuantos cuerpos regulares de procedencia peninsular e incipientes milicias coloniales irregulares.⁴¹⁹ Respecto de los primeros, se les conocía como “unidades provinciales disciplinadas” o “milicias disciplinadas”, porque supuestamente debían tener una organización regular, recibir entrenamiento regularmente y estar mandados por oficiales profesionales. Pero en la realidad esto no sucedía, y las que debían ser unidades provinciales

⁴¹⁶ Cfr. de Sigüenza y Góngora, Carlos. Alboroto y Motín de México. 8 de Junio de 1692 <http://www.inep.org/content/view/1822/91>

⁴¹⁷ Cfr. Silva Prada, Natalia. “La política de una rebelión los indígenas frente al tumulto de 1692 en la Ciudad de México”. Centro de Estudio Históricas, El Colegio de México, 1ª Edición, 2007.

⁴¹⁸ Cfr. Mcalister, Lyle N. “El Fuero Militar en la Nueva España”. Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, 1982, pág. 18.

⁴¹⁹ Cfr. La Organización del Ejército en la Nueva España. Boletín del Archivo General de la Nación, XI octubre-diciembre de 1940, págs. 617-663.

disciplinadas, eran dispersos “*cuerpos de caballería e infantería que no tenían una organización militar uniforme, no estaban entrenadas, les faltaban armas, uniformes y demás pertrechos*”. Refiere Lyle Mcalister que en 1758 había 3000 soldados regulares en la Nueva España, principalmente destinados a la defensa de los puertos y la frontera norte.⁴²⁰

Los segundos, eran “las unidades urbanas”, que “se formaban en ciudades grandes y en pueblos costeros y fronterizos. Por lo general, estaban patrocinadas por los gremios de las comunidades. Eran llamadas al servicio activo solamente en tiempos de emergencia y para la defensa de la localidad”. En la capital un regimiento era sostenido por el Consulado, por lo que se le llamaba Regimiento del Comercio.”⁴²¹ La diferencia entre las milicias provinciales y las milicias urbanas consistió en que las provinciales se reclutaban por sorteo y se utilizaban para el reemplazo del ejército y defensa en general, mientras que las urbanas eran voluntarias o bien reclutadas entre los gremios y eran utilizadas exclusivamente para la defensa local, siendo su característica más importante que no le costaban al erario. En efecto, las milicias significaban un importante ahorro para el tesoro virreinal, ya que su organización y sostenimiento corría a cargo de los gremios. Además sus integrantes no percibían soldada ni emolumento alguno. En la memoria que el virrey Carlos Francisco de Croix dejó a Antonio María de Bucareli y Ursúa se refería a la milicias de la siguiente manera: “al erario nada le gastan las milicias y si se ofrece una guerra, siempre tiene el rey número de tropa, que entretejida con la veterana ayudarán bastante a la defensa y siempre sirven para auxiliar las justicias, a fin de contener tumultos, lo que así me ha manifestado la experiencia.”⁴²²

A pesar de las ventajas apuntadas, las milicias enfrentaban varios problemas que anulaban su importancia militar. En opinión de Cruz Barney,

⁴²⁰ Mcalister, Lyle N., “El Fuero Militar ...”, op.cit. pág. 18.

⁴²¹ Ibid., pág. 18. También refiere que: “dos compañías de caballería eran patrocinadas por los gremios de destazadores de cerdos, panaderos y curtidores; el gremio de los plateros proporcionaba una compañía de infantería y el Ayuntamiento mantenía un regimiento de infantería. En Puebla los comerciantes sostenían un regimiento de infantería y los destazadores de cerdos y curtidores uno de caballería.”

⁴²² Torre Villar, Ernesto de la. “Instrucciones y Memorias de los Virreyes Novohispanos”, México, 1991. Editorial Porrúa, Biblioteca Porrúa tomo 2 pág. 996.

en el papel, existía un gran número de tropas de milicias, así provincial como urbana, pero en realidad era imaginaria su existencia y aún mucho más su fuerza. Los problemas que enfrentaba eran los siguientes:

- Con frecuencia se descuidaba su alistamiento;
- El armamento no era adecuado ni homogéneo;
- Se hallaban sin proveer muchas plazas de oficiales;
- No se les había pasado a la mayor parte de estas tropas una revista de inspección;
- Carecían de todos los conocimientos necesarios y en una palabra, “...solo servían para privar al rey del tributo que debían satisfacer los milicianos y estorbar la buena administración de justicia, con el fuero que reclamaban y disputaban continuamente, gravándose, además, la real hacienda, con los sueldos que sin fruto alguno, ni esperanza de él, pagaron a los individuos que le gozaban.”⁴²³.

Los integrantes de las milicias urbanas, no percibían emolumentos, arriesgaban la vida y debían disponer de su tiempo laboral e incluso de sus recursos para armarse y adiestrarse, ¿cuál sería el incentivo para pertenecer a los cuerpos de milicias? La respuesta la encontramos en el fuero que se concedía a los integrantes de estos cuerpos militares. En efecto, la protección, beneficios e incluso nivel social, que brindaba el fuero castrense, compensaban suficientemente las molestias del servicio. Las milicias estaban conformadas por todo tipo de personas, excepto por indios.⁴²⁴ Las diferentes castas que componían la sociedad novohispana, tenía motivos diferentes para enlistarse. Los privilegios otorgados al ejército de la Nueva España, junto con los honores y prestigios asociados con el servicio militar, era una atracción fatal para los jóvenes criollos e hijos de las mejores familias, pues buscaron cargos tanto en los regimientos regulares como en los regimientos de la milicia. Por otro lado, las plazas eran cubiertas con gente de las clases más bajas, a quienes el fuero ofrecía

⁴²³ Cfr. Cruz Barney, Oscar. Las Milicias en la Nueva España, 1789-1794. Estudios de Historia Novohispana, número 34, enero junio 2006. Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, pág. 84.

⁴²⁴ Refiere Mcalister, Lyle N., “El Fuero Militar...”, pág. 18: que las milicias: “se clasificaban en unidades de españoles o blancos y mestizos o castizos. Aunque también existían compañías de mulatos, morenos y pardos.”

alguna medida de alivio para su deplorable estado, así como una oportunidad para escapar de la ley.⁴²⁵

5. Ordenanzas de San Lorenzo: formación del ejército regular y permanente en la Nueva España y la consolidación del fuero militar en la Nueva España

El parte aguas en el estado de la fuerza militar en Nueva España, lo fue la Guerra de los Siete Años⁴²⁶. España entró tardíamente a la guerra para defenderse de las agresiones británicas, tales como el apresamiento arbitrario de buques españoles y el establecimiento en Honduras de una colonia de leñadores para la explotación del palo de Campeche. El Gobierno de Carlos III buscó la seguridad española en América, mediante una alianza con Francia que se denominó “Tercer Pacto de Familia”⁴²⁷. España no estaba preparada para la guerra y ya de entrada, se unía al lado perdedor. En 1762, los británicos ocuparon La Habana y Manila, lo que supuso un fuerte golpe al orgullo imperial español y el preludio de un gran desastre si no se le ponía fin al conflicto bélico. Este terminó con el Tratado de París (febrero de 1763) donde España cedió a Inglaterra, la Florida Occidental y Oriental a cambio del retiro de las tropas estacionadas en Filipinas y Cuba.

Todo cambió después de tal conflicto. España descubrió la insuficiencia de sus Fuerzas Armadas en sus dominios de ultramar y lo

⁴²⁵ Cfr. Ibid., pág. 34.

⁴²⁶ Se denomina Guerra de los Siete Años a la serie de conflictos internacionales desarrollados entre 1756 y 1763, para establecer el control sobre [Silesia](#) y por la supremacía colonial en [América del Norte](#) e [India](#). Tomaron parte por un lado [Prusia](#), [Hannover](#) y [Gran Bretaña](#), junto a sus colonias americanas y su aliado [Portugal](#) tiempo más tarde; y por otra parte [Sajonia](#), [Austria](#), [Francia](#), [Rusia](#), [Suecia](#) y [España](#), esta última a partir de 1761.

⁴²⁷ Son alianzas de España con Francia, monarquías de la misma familia borbónica, contra Inglaterra. Dos de ellos en la época de Felipe V (1733 y 1743) y otro en la de Carlos III, que pretendía recuperar de Inglaterra Gibraltar y Menorca y firma el Tercer Pacto de Familia en 1761, que le lleva a entrar en la última fase de la Guerra de los Siete Años en apoyo de Francia contra Inglaterra, y a la derrota que le ocasiona considerables pérdidas al final, en 1763 (las dos Floridas, que entrega a Inglaterra, y el Sacramento (al sur de Brasil), a Portugal. Renovado en 1779 ese mismo Tercer Pacto de Familia con Francia, se toma la revancha contra Inglaterra en la Guerra de Independencia de los EEUU (1775-1783), en la que entra en ese año 1779, recuperando Menorca y las dos Floridas. Como consecuencia de las guerras de Carlos III, vuelve la crisis de la Hacienda, aumentada en la época de Carlos IV.

vulnerables que podían ser desde un punto de vista militar. Se formó una comisión secreta en Madrid, a efecto de organizar un plan de defensa para todo el imperio. Es de aclararse que las reformas diseñadas por la administración encabezada por el rey Carlos III⁴²⁸ no sólo abarcaron al sector militar. Dicho plan incluía la expulsión de la Compañía de Jesús de América, la introducción del sistema de intendencias, el establecimiento del libre comercio dentro del imperio y medidas para fomentar la industria. El responsable de verificar el cumplimiento de estas medidas fue el visitador general para la Nueva España, don José de Gálvez.⁴²⁹

Para dar cumplimiento al programa real de defensa militar, en noviembre de 1764 llegó a Veracruz, el teniente general Juan de Villalba y Angulo, acompañado por el Regimiento de Infantería de América. El objetivo fundamental de su misión consistía en crear nuevas unidades militares provinciales y urbanas, en las que los oficiales y la tropa venida de España, se convirtiera en su pie veterano, es decir en su fermento fundador y modelo a imitar.⁴³⁰ El objetivo fue limitado desde el inicio a preparar fuerzas armadas que pudieran defender al virreinato en caso de alguna invasión o de alguna revuelta, pero cuidando de no organizar una fuerza tal que significara un eventual peligro para la metrópoli. Durante los quince años siguientes, las fuerzas militares en la Nueva España experimentaron un importante desarrollo. En efecto, la administración de Carlos III diseñó un plan que atendiera a la formación especializada de los mandos de los oficiales y a la configuración de un marco normativo que fomentara en la tropa valores castrenses, como la obediencia, el sacrificio o el espíritu de servicio, con la práctica profesional del oficio de las armas en sus diferentes especialidades. El resultado fueron las **"Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos"**, sancionadas en San Lorenzo el Real el 22 de octubre de 1768. Este compendio de normas en materia militar, puede ser considerado como el antecedente remoto del fuero militar que subsistió en el México independiente, lo que buscaremos demostrar en este trabajo.

⁴²⁸ Carlos III, perteneciente a la dinastía de los Borbón, reinó de 1759 a 1788. Cfr. Ramos Vicent, Pilar. "Reyes y Reinas de España". Editorial del Centro Superior de Cultura de España, Madrid, 2004, pág. 31.

⁴²⁹ Cfr. Mcalister, Lyle N., op.cit. pags. 17-19.

⁴³⁰ Cfr. Ibid., , pág. 21.

En opinión de Lyle McAlister, las reformas borbónicas, “diseñadas para fortalecer al imperio, contribuyeron a su derrumbamiento, ya que su carácter “liberal” influyó sobre sectores importantes de la población trastornaron el orden de una sociedad, la cual tenía un carácter medieval”.⁴³¹ No es difícil imaginar como los privilegios y costumbres previas a las reformas entraron de inmediato en conflicto con la nueva casta militar creada en la Nueva España. Además de la gran complejidad jurisdiccional, el conflicto de castas también se reflejó en la configuración de las Fuerzas Armadas novohispanas. Los cargos militares de relevancia eran conferidos a los españoles peninsulares. Los criollos mostraban poco interés por dedicarse al servicio de las armas, excepto cuando se trataba de cargos militares de importancia, lo que significaba prestigio social y económico, pero principalmente gozar del fuero militar, era muy conveniente.⁴³²

El nacimiento del ejército permanente y profesional en la Nueva España, se puede ubicar entre los años de 1766 y 1770, período en el que el virrey marqués de Croix⁴³³, puso en práctica las reformas propuestas por el general Juan de Villalba.⁴³⁴ Posteriormente se pergeñaron diversos planes de reforma del ejército virreinal entre los que destacan: el del coronel Francisco Antonio Crespo en 1784 y el de José Ezpeleta en 1785, que fueron materializados por el virrey Juan Vicente de Güemes Pacheco y Padilla, segundo Conde de Revillagigedo.⁴³⁵ Para el año de 1790, el ejército

⁴³¹ McAlister, Lyle N., “El Fuero Militar...”, op.cit., pág. 21.

⁴³² Cfr. Virginia Guedea. “Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México”, Álvaro Matute (editor), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, v. 10, 1986, p. 11-83. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas.

⁴³³ Carlos Francisco de Croix, marqués de Croix, Virrey de la Nueva España (1766-1771). Cfr. Villalpando, op.cit.

⁴³⁴ Cfr. Apuntes Históricos sobre la Organización y los Uniformes del Ejército Colonial. Boletín del Archivo General de la Nación, XI octubre-diciembre de 1940, pág. 622.

⁴³⁵ Véase Cruz Barney, Oscar. “Las Milicias en...” op.cit., págs. 73-116.

novohispano contaba con 11,418 elementos de infantería, 1,997 de caballería y 375 de artillería.⁴³⁶

6. El Primer Pacto por México: El Ejército Trigarante, causahabiente de los ejércitos Virreinales

Los acontecimientos políticos de la península ibérica fueron los detonantes de los diversos movimientos de independencia en la Nueva España. En efecto, la invasión francesa a España y la abdicación de los monarcas a favor de José Bonaparte, provocaron el primer intento emancipador de 1808, organizado desde el cabildo de la Ciudad de México. El movimiento liberal de 1820, encabezado por Rafael de Riego, favoreció la consumación de la independencia de México⁴³⁷.

Las autoridades novohispanas, encabezadas por el virrey Juan Ruiz de Apodaca, por mandato real debieron jurar la Constitución de Cádiz, lo que seguramente no fue de su agrado, ya que perdió el título, para convertirse en Jefe Político Superior de la Nueva España⁴³⁸, con un ámbito jurisdiccional mucho más reducido que el del Virreinato, ya que solamente tenía autoridad sobre la Provincia de la Nueva España. El sustrato liberal del movimiento de Riego, aunado a la cancelación del envío del ejército expedicionario español destinado a combatir la insurgencia, inquietó a la élite de la Nueva España. La Conspiración de la Profesa fue un intento por mantener los privilegios de las clases acomodadas, del clero y del ejército, ante el eventual embate de movimientos liberales y del triunfo de los insurgentes.

⁴³⁶ El Ejército de Nueva España a fines del siglo XVIII. Boletín del Archivo General de la Nación, IX abril-junio de 1938, pág. 236.

⁴³⁷ En 1819 se reunió en Andalucía un ejército destinado a combatir la sublevación de las colonias en América. El 1 de enero de 1820, varios oficiales aprovecharon la ocasión para levantarse en armas, proclamar la Constitución de 1812 y exigirle al rey Fernando VII que volviera a jurarla. Dos meses después, el 10 de marzo triunfa la revolución liberal, con la publicación de un manifiesto del rey apoyando la Constitución de Cádiz y jurando someterse a ella.

⁴³⁸ Véase el artículo 324 de la Constitución de Cádiz.

El entonces coronel Agustín de Iturbide, en noviembre de 1820, fue designado por Juan Ruiz de Apodaca, para combatir a los insurgentes del sur. Pero lo genial de este personaje fue percatarse de las condiciones políticas del momento y concertar un acuerdo militar con los líderes insurgentes. El Plan de Iguala, fue la materialización jurídica de los referidos acuerdos, donde se garantizaba a los diferentes factores reales de poder que sus parcelas no serían afectadas. Fue una gran negociación entre los diferentes sectores de la población novohispana. Su distribución y difusión, junto con la campaña de promoción personal de Iturbide, permitieron el tránsito a la independencia. Lo exitoso del Plan fue que dio satisfacción y confianza a todos los sectores de la sociedad. A los españoles, se les ofreció que sus personas y propiedades serían respetados; al clero, señalando a la religión católica como única con intolerancia de cualquier otra; a los criollos la igualdad de oportunidades y la posibilidad de ascenso social. Respecto de las fuerzas armadas, se creó el primer ejército del México independiente, denominado de las Tres Garantías. Fusionó a la tropa al mando de Iturbide con las unidades insurgentes. En efecto, milicias urbanas y provinciales, tropa regular y unidades guerrilleras, conformaron el pie veterano del Ejército Trigarante, condicionando su incorporación a la aceptación del Plan de Iguala. Aquellos que no lo hicieron, serían considerados como milicias, a la expectativa de su formalización mediante las leyes que expidieran las cortes. El 24 de febrero se promulgó el decreto para la creación de este ejército como aparecía en el Plan de Iguala, y su denominación de “Trigarante”, se debió a las 3 garantías que defendía: la Religión Católica como única tolerada en la nueva nación, Independencia de México respecto de España, y Unión entre los bandos de la guerra.

A paso y medida en que se adhirieron al Plan, los jefes insurgentes, en su totalidad, y muchos de los realistas, se hizo insostenible la posición de Juan Ruiz de Apodaca, quien fue depuesto el 5 de julio de 1821. Asumió el mando, aunque de manera irregular por emanar de un golpe de estado, el Brigadier Francisco Novella, en calidad de Jefe Político Superior de la Provincia de la Nueva. Únicamente controlaba la ciudad de México y el puerto de Veracruz; el resto del país estaba bajo el control de las fuerzas trigarantes. Solamente dos semanas pudo resistir su gobierno, ya que el 19 de agosto de 1821 en la batalla de Atzacapotzalco son derrotadas sus tropas por el Anastasio Bustamante. El último Jefe Político Superior de la Provincia de la Nueva España nombrado por el rey, Juan O'Donojú, impone su autoridad y logra la capitulación de las fuerzas realistas y recibe la plaza que le entrega pacíficamente el brigadier Novella. El 22 y el 23 de septiembre, las mermadas fuerzas expedicionarias españolas al mando de

Novella evacuaron la capital y el 26 de septiembre entró por la garita de Belén, al que se consideró último virrey de la Nueva España, Don Juan de O'Donojú y O'Rian, aunque su cargo conforme a la constitución de Cádiz, fue de Jefe Político Superior de la Provincia de la Nueva España.

Finalmente, el 27 de septiembre de 1821, el Ejército Trigarante entró a la ciudad de México, con Agustín Iturbide al frente de 16,134 efectivos.⁴³⁹ Esta fuerza armada se convirtió en la base del Ejército del México independiente, toda vez que por disposición del Plan de Iguala, aglutinó a la totalidad de las fuerzas armadas, ya fueran realistas o insurgentes, de cualquier arma, condición e instrucción militar, todas las unidades, regimientos, batallones fueron asimilados como unidades de línea. El Trigarante contó con 23,126 efectivos.

7. La Herencia Foral del México Independiente: El Fuero de Guerra

A partir de la reseña de la evolución de las Fuerzas Armadas durante el Virreinato y de la clasificación de sus diferentes etapas, señalaremos los diferentes cuerpos normativos que tuvieron vigencia. Particularmente estudiaremos el fuero militar y las características de dicha institución. En la Península Ibérica existieron antecedentes normativos de la función militar, que también abordaban cuestiones jurisdiccionales relacionadas con la misma, en la Siete Partidas y en las ordenanzas dictadas por los Reyes Católicos. Estos cuerpos normativos no serán materia de análisis en este trabajo, ya que no tuvieron vigencia en el territorio novohispano. Tampoco se considerarán las disposiciones normativas u ordenanzas relacionadas con la armada, toda vez que merecen un tratamiento aparte, que rebasa los alcances de este trabajo.

Históricamente, el fuero de guerra español, tuvo raíces romanas y medievales. En opinión de Abel García Guízar, fueron tres las instituciones que influyeron la jurisdicción militar en la península ibérica: el "magister militum"⁴⁴⁰, los "tiufados"⁴⁴¹ y el "fuero de hidalguía"⁴⁴², de cuya síntesis se

⁴³⁹ Cfr. Riva Palacio, Vicente. "México a Través de los Siglos", Editorial Cumbre, Grolier, México 1977. Tomo III, pág. 680. Soldados de infantería 7,416; artillería 763; caballería 7,955, fuerza total 16,134 efectivos.

⁴⁴⁰ García Guízar, Abel. "El Caos Jurisdiccional Novohispano". Revista Vínculo Jurídico, septiembre 1991. "Las raíces históricas del fuero de guerra novohispano son romanas, góticas y medievales: el antecedente romano más inequívoco de este fuero fue el "magister militum"

configuró el fuero militar que se instauraría en los dominios españoles en América. En opinión de Lyle N. McAlister, *“más importante que el precedente feudal en la determinación del carácter del fuero de guerra fue el magíster militum, esto es, la jurisdicción extraordinaria concedida a los tribunales militares romanos por el emperador Constantino y confirmada y amplificada por Justiniano. Una comparación de los códigos romanos y el español revela una fuerte semejanza. Además, al mismo tiempo que un ejército profesional permanente fue desarrollándose en España y el fuero*

o ejercicio corporativo de jurisdicción extraordinaria concedido a los tribunales militares por el emperador Constantino, jurisdicción confirmada y ampliada después por Justiniano, de suerte que la consabida ocupación de la península Ibérica por los romanos (a la cual dividirían en Tarraconense, Bética, Lusitania y Gallecia) fue permeando con sus instituciones jurídicas al pensamiento y antiguas costumbres hispanas. Cfr. Bermudez F., Renato de J. Compendio de Derecho Militar Mexicano. Editorial Porrúa, México 1996, pág. 4: “El antecedente histórico legal más remoto que sobre los tribunales militares citan los tratadistas, resulta ser la “Ley Novena del Digesto”, disposición en la cual se estableció el principio de que los militares fueran juzgados por sus jefes; prohibiendo, consecuentemente, a las autoridades civiles intervenir, excepto, para el caso de asegurar o mantener en custodia al soldado que hubiese delinquido, consagrándose con este acto, una jurisdicción o fuero especial para los elementos de la milicia, cualquiera que fuese el delito cometido; y a la cual se le denominó Castrensis Jurisdictio.”

⁴⁴¹ García Guizar, Abel. “El Caos...”, op.cit. “La caída del imperio romano de occidente, a finales del siglo IV, bajo el empuje de los bárbaros (godos, visigodos, ostrogodos, hunos, suavos, alanos, vándalos, etc.) propició la bastante civilizada intromisión visigótica en la península, bajo cuya monarquía existieron los “tiufados”, que ejercían la jurisdicción militar, tanto en campaña como en épocas de paz, creándose, posteriormente, la figura del auditor general del ejército, el cual ejerció, también y por primera vez, la jurisdicción civil y criminal sobre el elemento castrense.” Las Tiufas eran unidades de la milicia visigótica española, compuestas de 1000 hombres bajo el mando de los Tiufados, que ejercían una absoluta autoridad respecto a la imposición de penas sobre sus huestes. Cfr. Bermudez F., Renato de J. Compendio de Derecho Militar Mexicano. Editorial Porrúa, México 1996, pág. 5.

⁴⁴² Cfr. García Guizar, Abel, Ibid.: “Durante la Edad Media, en los reinos cristianos de Asturias, León, Castilla, Aragón, Navarra, Cataluña y Portugal, hasta la reconquista total del último reducto, Granada, en 1492, se fue configurando un tipo de fuero, muy hispano, fundamentado en la calidad de los hidalgos, una de cuyas principales responsabilidades era la de aportar armas al servicio de su rey cristiano, a cambio de lo cual éste fue reconociendo a aquéllos un estatus de privilegio que, entre otros derechos señoriales posibles, acostumbraba incorporar el de la jurisdicción en sus dominios territoriales.”

*de guerra emergió como un derecho distinto, el derecho romano dominó el pensamiento de juristas españoles.”*⁴⁴³

El antecedente medieval que, en mi opinión, influyó de forma importante en Nueva España, lo fue el fuero de hidalguía. Durante la reconquista española los soldados ganaron varios privilegios y gozaron de un grado de jurisdicción extraordinaria. Realmente, el fuero de hidalguía derivó del hecho de que la primera responsabilidad del hidalgo era la de aportar armas al servicio de su rey y, en su calidad de soldados, les fueron concedidos estos privilegios. Los conquistadores peninsulares de América, costearon su propio equipo y armamento, con la promesa real de ser recompensados con privilegios, riqueza y fueros al triunfo de la empresa. Las capitulaciones celebradas por el monarca con los conquistadores, concedía diversos privilegios, que se convirtieron en el antecedente primero de los fueros jurisdiccionales concedidos a los militares.

En esta etapa, el fuero de guerra fue establecido para las Fuerzas Armadas peninsulares, de manera particular para las distintas unidades en armas, mediante Bandos o Reales Decretos. Antes de que existieran Ejércitos y Armadas permanentes, los Reyes españoles sintieron la necesidad de regular orgánicamente el servicio de sus huestes y tripulaciones y dictaron para ello normas generales que estuvieron fundamentadas en el respeto a la dignidad del hombre, la exaltación de su honor y el reconocimiento de sus derechos individuales.

La primera normativa en materia militar expedida en Nueva España, fueron las ***Ordenanzas de Taxclateque (Tlaxcala)***, de fecha 22 de diciembre de 1520, dictadas por ***Hernán Cortés*** en su calidad de Capitán General y Justicia Mayor de la Nueva España y del Mar Océano.⁴⁴⁴ Lo primero que preocupó al conquistador, fue la legitimidad y justificación de su empresa, tan fue así que en las referidas ordenanzas se menciona: “... *Primeramente: por cuanto por la experiencia que habemos visto e cada día vemos, cuanta solicitud y vigilancia los naturales de estas partes tienen en la cultura y veneración de sus ídolos, de que a Dios Nuestro Señor se hace*

⁴⁴³ Mcalister, Lyle N., op.cit., pág. 23.

⁴⁴⁴ Véase García Icazbalceta, Joaquín. “Colección de documentos para la historia de México”. Tomo Primero. En Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com>, para consultar una copia de las Ordenanzas.

gran deservicio, y el demonio por la ceguedad y engaño en que los trae, es de ellos muy venerado; y en los apartar de tanto error e idolatría, y en los reducir al conocimiento de nuestra santa fe católica, Nuestro Señor será muy servido, y demás de adquirir gloria para nuestras ánimas con ser causa que de aquí adelante no se pierdan ni condenen tantos, acá en lo temporal sería Dios siempre en nuestra ayuda y socorro: por ende, con toda la justicia que puedo y debo, exhorto y ruego a todos los Españoles que en mi compañía fueren a esta guerra que al presente vamos, y a todas las otras guerras y conquistas que en nombre de S. M. por mi mandado hubieren de ir, que su principal motivo e intención sea apartar y desarraigar de las dichas idolatrías a todos los naturales destas partes, y reducirlos, o a lo menos desear su salvación, y que sean reducidos al conocimiento de Dios y de su santa fe católica; porque si con otra intención se hiciese la dicha guerra, sería injusta, y todo lo que en ella se hubiese obligado a restitución: e S. M. no tendría razón de mandar gratificar a los que en ellas sirviesen. E sobre ello encargo la conciencia a los dichos Españoles; e desde ahora protesto en nombre de S. M., que mi principal intención e motivo en hacer esta guerra e las otras que hiciere, por traer y reducir a los dichos naturales al dicho conocimiento de nuestra santa fe e creencia, y después por los sojuzgar e supeditar debajo del yugo e dominio imperial e real de su sacra Majestad, a quien jurídicamente el señorío de todas estas partes...”⁴⁴⁵ Estas ordenanzas prohibían ciertas conductas, estableciendo y cuantificando la sanción correspondiente.

El emperador Carlos V en noviembre de 1536, concedió fueros y privilegios al personal del ejército, tanto en las causas civiles como en las criminales, para los oficiales y soldados de las compañías de guardias de los reinos de Castilla, Navarra y Granada.⁴⁴⁶ Se denominaron las “**Ordenanzas a la Infantería Española**” y fueron dadas en Génova. Estos beneficios fueron posteriormente extendidos a la Nueva España mediante un real decreto del Felipe II, que analizaremos enseguida. En esta etapa una mentalidad conquistadora fue la que predominó en cuanto al doblamiento y aspectos militares en la Nueva España.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Cfr. Mcalister, Lyle N., op.cit., págs. 22 y 23.

El rey Felipe II, expidió las *Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación de las Indias*, el 13 de julio de 1573.⁴⁴⁷ Este cuerpo normativo, estableció una política real en materia de asentamientos humanos en las Indias. En lo concerniente a cuestiones militares, los capítulos del 138 al 148 se dedican a regular las “*pacificaciones*”. Estas ordenanzas constituyen una propuesta de solución equilibrada entre los partidarios de la conquista violenta y los defensores de la penetración pacífica y evangelizadora. El lenguaje que se utiliza, denota la prudencia y habilidad de su promotor, Juan de Ovando Presidente del Consejo de Indias, que utiliza el término “*pacificación*” en vez del de “*conquista*”. Se buscaba contener el ímpetu y la ambición propia de los conquistadores, a efecto de someterlos a una planeación, que legitimara el proceso de colonización. El propósito militar subyacente, particularmente para la Nueva España, consistía en dar por terminadas las guerras Chichimecas, estableciendo en el centro de la estrategia pacificadora a los misioneros para buscar una integración voluntaria de los indígenas en el sistema de encomiendas y repartimientos. Desde luego sin descuidar el aspecto militar, destacando la instrucción de mantener como rehenes a los hijos de los caciques indígenas para favorecer el proceso de evangelización e integración. Estas ordenanzas son una ordenación sistemática de la experiencia acumulada en los años de exploración y conquista de América. Asimismo, estableció el marco jurídico al que se debían sujetar las expediciones que se emprendieron a partir de su vigencia. Como mencionamos en apartados precedentes de este trabajo, las capitulaciones fueron el instrumento jurídico para la dominación de América. Estas ordenanzas dan un carácter homogéneo a las capitulaciones, con un sustrato pacificador y no de conquista violenta, lo que buscaba legitimar las acciones de la corona española en el nuevo mundo.

Asimismo, el rey Felipe II, el 28 de junio de 1580, dictó en Extremadura, un “*Bando*”, en el que ordenó a los soldados de sus Tercios, respetar a las mujeres: “*Que ningún soldado, ni otra persona de cualquier*

⁴⁴⁷ Morales Padrón, Francisco. “Teoría y Leyes de la Conquista”. Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1979, pp. 489-518. se puede consultar una versión de las ordenanzas en: http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1573_382/Ordenanzas_de_Felipe_II_sobre_descubrimiento_nueva_1176.shtml

*grado ni condición que sea, ose ni se atreva de hacer ninguna violencia de mujeres, de cualquier calidad que sea, so pena de la vida”.*⁴⁴⁸

También en tiempos de Felipe II, se expidieron las “***Ordenanzas de Flandes***”. Se trató de dos ordenanzas, aunque en 1701, al advenimiento al trono español del rey Felipe V, se dictarían unas terceras. Las “***Primeras de Flandes***”, fueron promulgadas el 13 de mayo de 1587 y tuvieron un valor inapreciable, por contener la primera regulación legal de la jurisdicción militar en pleno Siglo XVI. Las “***Segundas***” se emitieron nueve días más tarde, el 22 del mismo mes y año.

Ambos cuerpos normativos fueron dados en Bruselas por Alejandro Farnesio⁴⁴⁹ y aunque proyectadas inicialmente para Flandes, tuvieron aplicación en todo el Imperio que carecía de normas similares. Su normativa se extendió para todos los militares de mar y tierra, lo que lo hacía aplicable en los dominios españoles de ultramar, como la Nueva España.⁴⁵⁰ Su enunciado indica por sí mismo su contenido: “***Ordenanzas e Instrucción del Duque de Parma y de Plasencia, Lugarteniente, Gobernador y Capitán General por S.M. en los Estados de Flandes, sobre el ejercicio y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército.***”⁴⁵¹

De conformidad con lo dispuesto por la primera ordenanza, la administración de justicia castrense correspondía al mando superior. En efecto, el Maestre de Campo General quien ejercía la autoridad militar superior, era el responsable de impartir justicia y por delegación, sus inmediatos subordinados, los Maestres de Campo y Jefes o Capitanes de

⁴⁴⁸ Ibid. <http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/>

⁴⁴⁹ Alejandro Farnesio y Habsburgo, (Roma 27 de agosto 1545–Arras 3 diciembre 1592); tercer Duque de Parma y Plasencia, hijo de Octavio Farnesio y Margarita de Parma, hija ilegítima del emperador Carlos V, sobrino de Felipe II y de Don Juan de Austria. Desarrolló una importante labor militar y diplomática al servicio de la corona española en Flandes, donde comandó los tercios españoles.

⁴⁵⁰ Cfr. Mcalister, Lyle N., op.cit., págs. 22 y 23.

⁴⁵¹ Véase la versión de las ordenanzas en: <http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/Ordenanzas>

Tercio, asesorados por un Auditor, teniendo jurisdicción privativa y facultades “*para conocer de todos los desórdenes, excesos y malos tratos que los oficiales y soldados cometieran en los pueblos por donde pasaran*”.⁴⁵² La aportación más significativa de estas ordenanzas lo es la creación de la figura del Auditor. El Diccionario lo define como el “*funcionario del cuerpo jurídico militar que informa sobre la interpretación o aplicación de las leyes y propone la resolución correspondiente en los procedimientos judiciales y otros instruidos en el ejército o región militar donde tiene su destino*”.⁴⁵³ Don Sancho de Londoño, en su “Discurso Sobre la Forma de Reducir la Disciplina Militar a Mejor y Antiguo Estado” indicó: “*Que los Maestres de Campo deben ser jueces de sus Tercios y en nombre de ellos se deben pronunciar las sentencias, refiriéndose en ellas que se dan con consulta de sus asesores que han de suscribir debajo, con autoridad de Notarios o Escribanos Públicos que los Auditores deben tener*”.⁴⁵⁴ La naturaleza de las funciones del auditor, es la de ser el asesor jurídico del mando y experto en disciplina y justicia militar. Su justificación consiste en apoyar a los altos mandos militares, que no obstante ser conocedores de la ciencia militar, ignoran sus aspectos jurídicos y procesales. En todos los procedimientos jurídicos militares debía intervenir el Auditor, en quien recaía la completa responsabilidad de la justicia castrense. Solamente quedaba subordinado al Capitán General, autoridad suprema en las unidades militares de la época. La ordenanza señalaba al respecto: “*que ninguna persona de cualquier condición o calidad que sea de este Ejército, le contradiga –fuera del Maestre de Campo General- sino que le presten asistencia y favor, so pena de caer en desgracia del Rey Nuestro Señor, por lo cual le hemos dado todo el poder y autoridad que tenemos de Su Majestad en las cosas de Justicia*”.⁴⁵⁵ En opinión de

⁴⁵² McAlister, op.cit., pág.23

⁴⁵³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001.

⁴⁵⁴ Discurso o tratado elaborado por el Maestre de Campo Don Sancho de Londoño en abril de 1568, por encargo de Don Fernando Álvarez de Toledo, Duque de Alba, Lugarteniente y Capitán General de su Majestad y su Gobernador en los Estados de Flandes. El texto del discurso puede ser consultado en: es.geocities.com/capitancontreras/disciplina_londono.pdf, 59 pp.

⁴⁵⁵ McAlister, op.cit. pág.23.

Francisco Ángel Cañete Páez, era el Auditor, sin ningún género de dudas, la figura central y preeminente de la justicia militar; al respecto menciona: *“... la elevada figura del Auditor, aún siendo muchas las expresadas atribuciones de auxiliar y completar la potestad jurídica de los Generales y Jefes Superiores del Ejército y la Armada, no se limitaban a eso sólo, sino que tenían también una función asesora de marcado carácter internacionalista, pues había que hacer frente al enemigo, no sólo con las fuerza de las armas, sino también con el derecho y la justicia. No se trataba pues de imponer por la fuerza la voluntad de los Generales, en nombre de la Corona, sino que al tiempo de instalar nuestras banderas en la tierra conquistada, España, llevaba también impreso en esas banderas con caracteres indeleble, la racionalidad, la justicia y el derecho. Esta duplicidad de funciones convierte al Auditor en algo esencial e insustituible para al mando Por eso no nos puede sorprender que el mando militar se sintiera “en gran soledad y viviera en gran preocupación” cuando no tenía junto a él a su Auditor, y que fuera el propio Duque de Alba quien, durante la campaña de Flandes, enviara una carta a Felipe II, suplicándole: “Señor, mandadme presto un Auditor, que estoy manquésimo sin él”.*⁴⁵⁶

En cuanto a las **“Segundas de Flandes”**, adicionan una nueva figura militar: el “Preboste del Ejército”, al que se definía como: “el oficial que en tiempo de guerra y durante la campaña se cuidaba de perseguir con su Compañía, a los desertores y malhechores, formándoles “sumaria” y sentenciándolos; así como de velar sobre la observancia de los “bandos” y orden del General, y sobre todo lo concerniente a la policía”.⁴⁵⁷ El Diccionario lo define como: “oficial nombrado en tiempo de guerra para velar sobre todo lo concerniente a la policía”⁴⁵⁸

En opinión de Renato Bermúdez, “Felipe II intentó reunir en unas ordenanzas generales y permanentes, la legislación militar existente, al modo de lo hecho para lo civil, administrativo y penal ordinario en la Nueva

⁴⁵⁶ Cañete Páez, Francisco Ángel. “La Figura del Auditor en el Ordenamiento Jurídico Militar de España”. Revista de la Asociación de Amigos, Soldados y Veteranos de las FAS y GC, Ministerio de Defensa de España. <http://www.asasve.es>

⁴⁵⁷ Ibid., Cañete Páez.

⁴⁵⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001.

Recopilación. Aunque la idea no se materializó, estuvo muy cerca de expresarla y realizarla Alejandro Farnesio, con sus Ordenanzas para el Ejército de los Países Bajos, denominados “Primeras Ordenanzas de Flandes”, dadas en mayo de 1587, consideradas como las disposiciones más completas y saturadas de la mejor doctrina militar de la época, lo cual llevó a adoptarlas aún sin mandato real expreso, en los diferentes ejércitos españoles de aquél entonces, incluyendo a los de la Nueva España.”⁴⁵⁹

El rey Felipe IV, promulgó en 1632, la **“Real Ordenanza sobre Disciplina Militar, Mandos, Sueldos, Ventajas y Provisiones de Empleo de mis Ejércitos”**. Este cuerpo normativo se refiere exclusivamente a cuestiones militares, tales como la organización de los ejércitos, los grados y oficios militares, el manejo de las campañas. Se plasmó en el documento lo que sucedía en la práctica en cuanto a la organización militar, tomando como la unidad básica los denominados “*Tercios*”⁴⁶⁰. Sin embargo no trata nada relacionado con el manejo de la justicia militar. El propósito del rey era elevar la moral y el ánimo en sus tropas, proveyendo a una mejor organización de sus ejércitos. Su propósito de mantener intacto el imperio que heredó, no se logró y a partir de los tratados denominados la Paz de Westfalia (1648) y la Paz de los Pirineos (1659), la monarquía española dejó de ser la primera potencia de Europa y su importancia política y militar disminuyó.⁴⁶¹

Publicadas en Bruselas por el rey Felipe V, se emitieron las **“Terceras Ordenanzas de Flandes”**, el 18 de diciembre de 1701 y el 10 de abril de 1702, se extendieron al resto de los ejércitos reales. Estas ordenanzas fueron completadas con diversas disposiciones normativas que mencionaremos en este epígrafe. El difícil acceso de este monarca al trono,

⁴⁵⁹ Bermudez F., Renato de J. Compendio de Derecho Militar Mexicano. Editorial Porrúa, México 1996, pág. 4.

⁴⁶⁰ Unidad militar compuesta por 3,000 efectivos. Los había de infantería, caballería y artillería.

⁴⁶¹ Aun y cuando el propósito de este trabajo se limita al fuero militar de los ejércitos de tierra, al realizar la investigación encontré las **“Ordenanzas del Buen Gobierno de la Armada del Mar Océano”**, promulgadas por el rey Felipe IV, el 24 de enero de 1633, que establecían que en la Armada se administraba justicia por un Auditor General –con comunicación directa del Capitán General de la Armada- asistido por dos alguaciles y un escribano, elegidos a su elección para el mejor ejercicio de su oficio.

hizo indispensable una reorganización y renovación completa del las Fuerzas Armadas y consecuentemente de las ordenanzas militares.⁴⁶² El origen del nuevo monarca, introdujo una marcada influencia francesa en este proceso, particularmente con la creación de la figura del “Consejo de Guerra”, nuevo instrumento básico en la administración de justicia militar. Desapareció el viejo ejército de las naciones, integrado no sólo por españoles, sino también por flamencos, milaneses, valones, sardos, alemanes, napolitanos, por mencionar algunos, para dar paso a unas Fuerzas Armadas exclusivamente integradas por nacionales. Las reformas de Felipe V se realizaron a través de diversas ordenanzas, desarticuladas entre si y que nunca se compendiaron ni resultaron en un codificación ordenada. No obstante ello, dieron lugar a un nuevo orden militar, completamente diferente al que prevaleció durante los reinados de la dinastía Habsburgo. Enseguida las enlistaremos⁴⁶³:

- Ordenanza del 10 de abril de 1702. Las jerarquías y grados militares también fueron modificados. Se suprimieron las denominaciones usuales en el tiempo de los Austrias, para adoptar un escalafón de influencia francesa.⁴⁶⁴ Este proceso también se dio durante un período prolongado de tiempo, hasta 1728, a medida en que se relevaba al personal más antiguo.

⁴⁶² Cfr. Ramos Vicent, Pilar. op.cit., pág. 25. El rey Carlos II nombró como su heredero al trono español, a su sobrino-nieto Felipe de Borbón, Duque de Anjou, nieto de Luis XIV rey de Francia. El emperador Leopoldo se negó a reconocer al nuevo monarca español, al considerar que el archiduque Carlos de Austria, su segundo hijo, tenía más derechos al trono. Adicionalmente, la perspectiva de una unión de Coronas de España y Francia bajo la Casa de Borbón, controlada desde la corte de Versalles, era temida por el resto de potencias. Ante esta situación, Inglaterra, Holanda, Austria y Portugal declararon la guerra a Francia y a España. A este conflicto se le denominó la Guerra de Sucesión (1700-1714) y culminó con el Tratado de Utrecht, en el que Felipe V fue reconocido como legítimo rey de España, con excepción Austria.

⁴⁶³ Borreguero Beltrán, Cristina. “Del Tercio al Regimiento”. Conferencia dictada en la Universidad de Verano de la Universidad Complutense (El Escorial). El Escorial, 12 de Julio de 1996, puede consultarse en http://www.uv.es/rseapv/Anales/01_02/A_Del_Tercio_al_Regimiento.pdf

⁴⁶⁴ La cadena de mando militar se estructuró de la siguiente manera: el alto mando u oficiales generales con los grados de Capitán General, Teniente General, Mariscal de Campo y Brigadier; plana mayor de un regimiento, con Coronel, Teniente Coronel, Sargento Mayor y Ayudante; oficiales de compañía, con Capitán, Teniente, Subteniente y dos Sargentos.

- Real Cédula del 8 de febrero de 1704, se buscó reclutar a la nobleza española para ocupar cargos de oficiales y altos mandos en las Fuerzas Armadas. Para las posiciones de jefes y oficiales se debía preferir a los caballeros, hidalgos, o gente que viviera noblemente, aunque fueran hijos de comerciantes. Los coroneles, debían elegirse entre la nobleza. Para atraerlos, el monarca les otorgó el fuero militar completo, así como privilegios y prerrogativas en cuanto a honores, sueldos y vestimenta. En suma, esta disposición real, establecía una política social de las Fuerzas Armadas.
- Ordenanza del 28 de septiembre de 1704, que ordenó para la infantería, la desaparecieron los “Tercios”, como unidad básica de organización militar, para dar paso a los “Batallones” como unidad de combate y a los “Regimientos”, como unidad orgánica y administrativa de las Fuerzas Armadas⁴⁶⁵. En su Artículo 1º la Real Ordenanza dice: " Toda la Infantería se forme en Regimientos, y cada uno se compondrá de doce Compañías inclusa una de Granaderos; en cada Compañía, un Capitán, un Teniente, un Lugar-Teniente, dos Sargentos, tres Cabos de escuadra, tres Segundos Cabos de escuadra, dos Carabineros, ó Fusileros, que han de traer el fusil rayado, un Tambor y treinta y nueve Soldados, de forma que cada Compañía se componga de cincuenta hombres.... "⁴⁶⁶. La novedad introducida por esta normativa fue la determinación de un uniforme para las tropas, que era de uso obligatorio. Destaca Cruz Barney, “que el citado reglamento no entró en vigor, por problemas que planteaba la financiación de los regimientos y por el hecho de que los oficiales tuviesen que costear los uniformes y armamento de las milicias de su propio peculio”⁴⁶⁷.
- Real Cédula de 1705, en la que se dispone que para la interpretación de la normativa militar expedida por el rey Felipe

⁴⁶⁵ La nueva organización militar estaba constituida de la siguiente manera: Para la infantería, 12 Compañías de 50 hombres formaban un Batallón y dos batallones formaban un Regimiento.

⁴⁶⁶ Salas López, Fernando. “Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica”. Madrid, MAPFRE, 1992, pág. 10.

⁴⁶⁷ Cruz Barney, Oscar. “Las Milicias...”, op.cit., pág. 75.

V, así como para llenar lagunas o aclarar dudas, serían de aplicación supletoria las ordenanzas militares francesas.

- Ordenanza del 30 de diciembre de 1706, ordenó completar la Real Ordenanza de 1704, para establecer la formación de los Regimientos en base a dos Batallones, de forma que el Primer Batallón será mandado por el Coronel, mientras que el Segundo Batallón estará al mando de un Capitán Comandante que será el de mayor antigüedad de entre los Capitanes. Al crearse un segundo batallón en su Plana Mayor se establecen los nuevos cargos de Ayudante, Capellán y Cirujano.
- Ordenanza del 28 de febrero de 1707, ordenó la fijación definitiva de los nombres de los Regimientos. "He resuelto que todos los que en esta mi Real Ordenanza van expresados por los nombres de los Coroneles, que actualmente tienen, se nombren en adelante y perpetuamente en la conformidad que se sigue..."⁴⁶⁸. Los Regimientos procedentes de los Viejos Tercios y Batallones, se identificaban por el nombre de su Coronel, de forma que al cambiar éste, cambia el nombre del Regimiento, lo que acarrea numerosos problemas de denominaciones e incluso de preferencias. A paso y medida en que se relevaba a los antiguos Maestres de Campo de los tercios, para transformarlos en Regimientos, se les denominaba en función de los lugares de residencia de las unidades militares.
- Ordenanza de 12 de julio de 1728, sobre el régimen, disciplina, subordinación y servicio de la Infantería de Guarnición y Campaña. Confirma las primeras normas que se contemplaban en el Reglamento y Ordenanza, para sueldos, vestuarios y demás, del 1 de Enero de 1718, por lo que los Regimientos españoles aumentarán sus plazas a 53 hombres por Compañía, manteniéndose el resto de las plantillas de las Planas Mayores, aunque la medida no fue generalizada hasta 1731. Esta ordenanza estuvo vigente hasta la promulgación de las Ordenanzas de 1768 por parte de Carlos III, que las derogó⁴⁶⁹.
- Ordenanza de 31 de enero de 1734, que reorganizó y consolidó la función de las milicias provinciales que hasta entonces habían sido consideradas como una fuerza de emergencia y coyuntural.

⁴⁶⁸ Salas López, Fernando. Op.cit., pág. 18.

⁴⁶⁹ Cfr. Cruz Barney, Oscar. "Notas para...." Op.cit., pág. 156.

Señala Cruz Barney, que se ordenó la implantación de las milicias provinciales con carácter permanente y regular, lo que representaba la culminación de la legislación sobre milicias provinciales, dando a estos cuerpos un carácter institucional como fuerzas de reserva del ejército de línea o regular⁴⁷⁰.

- Ordenanza de 1741, que establecía las preferencias de los regimientos. Primero se debía preferir a los formados por españoles respecto de las otras nacionalidades. A medida en que fueron desapareciendo las unidades plurinacionales basadas en los antiguos tercios, se daba preferencia a los regimientos de mayor antigüedad.
- Gran número de reales ordenanzas atendieron aspectos relacionados con la organización militar y particular de las armas y servicios, tales como las del 26 de febrero de 1706; 1708; 2 de mayo de 1710; para la caballería; de 1711 para organizar a los ingenieros militares; 1712; 1716; 1718; 2 de mayo de 1719 para los artilleros; 5 de Julio de 1735;

El rey Carlos III, fue el continuador del proceso de reorganización de las Fuerzas Armadas, tanto peninsulares como de ultramar. La política de neutralidad practicada por su antecesor Fernando VI, causó un abandono de las cuestiones militares, aunque se fortaleció la Armada española, a efecto de favorecer el comercio. Con la sucesión, el nuevo monarca decidió retomar los esfuerzos modernizadores de los ejércitos de tierra y encomendó a Pedro Pablo Abarca de Bolea, conde de Aranda, la reordenación y actualización de las ordenanzas militares. El resultado de estos trabajos fueron las **Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos**, sancionadas por el rey Carlos III el 22 de octubre de 1768, en San Lorenzo el Real.⁴⁷¹ Las ordenanzas se componen de ocho tratados, divididos en dos tomos. El tratado VIII, ubicado en el segundo tomo, se refiere a las materias de justicia tales como: fuero militar, personas que gozan de él, casos y delitos en que no vale el fuero militar, casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella, causas cuyo conocimiento corresponde a los capitanes generales de provincia, consejo de guerra ordinario, consejo de guerra de oficiales

⁴⁷⁰ Cfr. Cruz Barney, Oscar. “Las Milicias ...” op.cit., págs. 75 y 76.

⁴⁷¹ Cfr. Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos. Madrid 1768, 2 tomos. Edición facsimilar, Ediciones Lex Nova, 1999.

generales y delitos de su conocimiento; del auditor general de un ejército en campaña y de los de provincia; degradación de oficiales delincuentes crímenes militares y comunes y sus penas; testamentos.

La justicia militar de finales del siglo XVIII, se sustentó en tres instituciones creadas por las ordenanzas reales: el principio de la justicia de mando que detentaba el Capitán General; el Auditor; y el Consejo de Guerra, en sus dos modalidades, ordinario y de oficiales. Todas ellas fueron con la respectiva composición establecida por las “*Ordenanzas de Carlos III*”, de 22 de octubre de 1768, las que configuraron la jurisdicción militar como un fuero privativo y personal, que se trasladó al virreinato de la Nueva España.

El Capitán General, fue la jerarquía suprema de la escala militar establecida a partir de la Ordenanza del 10 de abril de 1702. Las Leyes de Indias, legislación particular destinada a regir en América⁴⁷², contenía disposiciones de índole militar.⁴⁷³ En ellas se establecía que el Virrey, además de sus funciones políticas y administrativas, ejercía el mando militar por ser Capitán General del Ejército y Armada, con las siguientes atribuciones en materia jurisdiccional castrense: “*Conocía de los delitos comunes imputados a los militares, oyendo la opinión del auditor letrado y en caso necesario, enviaba a España, los expedientes militares que deberían remitirse al Supremo Consejo de Guerra*⁴⁷⁴ para su resolución final.”⁴⁷⁵

⁴⁷² Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, fue una compilación de la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular sus posesiones en América y las Filipinas (Indias). Fue sancionada por Carlos II mediante una real cédula, firmada en Madrid, el 18 de mayo de 1680.

⁴⁷³ Cfr. De Palacio, Prudencio Antonio. Notas a la recopilación de Leyes de Indias. UNAM, 1ª edición, México 1979, págs. 179 y siguientes: “Leyes de Indias, Libro II, títulos 4, de la Guerra, 5 de las armas, pólvora y municiones, 7, de los castillos y fortalezas, 8 de los castellanos y alcaides, 9 de la dotación y situación de los presidios, 10 de los capitanes, soldados y artilleros, 11 de las causas de los soldados (jurisdicción militar), 12 de los pagamentos, sueldos y ventajas.

⁴⁷⁴ El **Consejo Supremo de Guerra** era el organismo de gobernación encargado de las cuestiones militares y navales en monarquía española.

⁴⁷⁵ Bermudez F., Renato de J. Compendio de Derecho Militar Mexicano. Editorial Porrúa, México 1996, pág. 9-10.

La figura del Auditor, tuvo gran importancia en el sistema de justicia militar virreinal. Tan fue así que en las memorias que dejó el virrey Revillagigedo⁴⁷⁶ a su sucesor, Marqués de Branciforte, existe constancia de lo siguiente: *“La jurisdicción militar especialmente desde las últimas declaraciones que han dado al fuero tanta extensión, la tiene grandísima en estos reinos y la ejerce el virrey como capitán general, teniendo para ello un auditor de guerra, que es un oidor de esta real audiencia. De las sentencias dadas por su dictamen se suplica ante el mismo capitán general quien nombra en la segunda instancia otro ministro para que acompañe al auditor de guerra.”*⁴⁷⁷

Carlos III, gran reformador de las instituciones militares, promulgó un decreto real el 9 de febrero de 1793 estableciendo el Fuero Militar en los ejércitos de España y ultramar, consistente en el juzgamiento de los delitos cometidos por militares en tribunales castrenses.

8. En la Nueva República Mexicana se Mantiene Vigente el Orden Militar Virreinal

Este período de desarrollo de la legislación militar abarcó desde el Plan de Iguala, que establece la subsistencia del derecho castrense indiano, hasta el año de 1882, en que se promulga por el presidente Manuel González, la Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana, que deroga las Ordenanzas de Carlos III de 1768. La complejidad y diversidad normativa en materia militar de este período, hacen reflexionar, que más que un sistema normativo para favorecer la impartición de justicia, se creó un régimen de excepción y privilegios para las Fuerzas Armadas mexicanas. Ello se explica por la inestable situación política, económica, social y militar que caracterizó al país en los primeros años de su existencia como estado independiente. En efecto, la escasa población, analfabeta en un

⁴⁷⁶ Fueron virreyes de la Nueva España: Juan Vicente de Güemes Pacheco de Padilla y Horcaditas, segundo Conde de Revillagigedo del 16 de octubre de 1789 al 11 de julio de 1794. Miguel de la Grúa Talamanca de Carini y Branciforte, primer Marqués de Branciforte, del 12 de julio de 1794 al 31 de mayo de 1798. Cfr. Villalpando, op.cit.

⁴⁷⁷ Instrucción Reservada que el Conde de Revilla Ggedo dio a su sucesor en el mando Marqués de Branciforte sobre el gobierno de este continente en el tiempo que fue su virrey. México 1831, Imprenta de la calle de las Escalerillas a cargo del C. Agustín Guioz. Apartado de Jurisdicciones privilegiadas y decisión de las discordias, número 98, pág. 22.

alto porcentaje, era heterogénea y poco integrada, debido a las castas y sus diferentes estatutos jurídicos heredados de la época virreinal. Una iglesia poderosa no estaba dispuesta a dejarse arrebatar sus privilegios y esperaba que fueran mantenidos en la nueva organización política y de gobierno. Un modelo económico heredado del proyecto borbónico, que buscaba modernizar la economía fortaleciendo el desarrollo impulsado por el Estado. Las minas y haciendas abandonadas a consecuencia de las guerras de independencia y una industria incipiente basada en la explotación de materias primas. Una élite política, fundamentalmente urbana, constituida por grupos oligárquicos, que identificaban sus propios intereses con los de la nación y luchaban por imponer modelos políticos y económicos que no logran consolidarse. Los apetitos territoriales y hegemónicos de las potencias extranjeras, completan el cuadro de la difícil situación.⁴⁷⁸

La subsistencia del fuero de guerra, ha sido una constante en los textos constitucionales mexicanos previos a la independencia y posteriores a ella. El propósito de este epígrafe consiste en demostrar que el derecho militar de la época virreinal, al que también denominaremos indiano, subsistió en el México independiente, formando parte de su orden jurídico nacional en gestación. La pregunta obligada en este caso es ¿cómo se integraron las normas reguladoras del fuero militar al orden jurídico nacional? La respuesta a esta pregunta se encontrará averiguando la manera en que se fue configurando el derecho militar después de la independencia.

La creación del estado mexicano, requería la construcción de un orden jurídico propio, sin embargo se advierte una prudente etapa de transición en los documentos políticos previos a la independencia e inmediatos a ella, en la que se mantiene vigente la normativa jurídica en materia militar. Lo malo fue que las instituciones constitucionales no se consolidaron y por lo mismo no se pudo crear un orden jurídico nacional, con la legitimidad necesaria para ser sustentable.

En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814, se dispone lo siguiente: *"Artículo 171.- En lo que toca al ramo militar, se arreglará a la antigua Ordenanza, mientras que el Congreso dicta la que más se*

⁴⁷⁸ Cfr. Zoraida Vázquez, Josefina. "De la Difícil Constitución de un Estado: México, 1821-1854." en la obra colectiva coordinada por la misma autora "La Fundación del Estado Mexicano, 1821-1855". Editorial Nueva Imagen, 3ª reimpresión, México, 2000.

conforme al sistema de nuestro gobierno; por lo que no podrá derogar, interpretar ni alterar ninguno de sus capítulos”

El Plan de Iguala también mantiene la vigencia del derecho militar indiano, pues establecía en los puntos relativos a la cuestión que se analiza:

“16°. Se formará un ejército protector que se denominará de las Tres Garantías, y que se sacrificará, del primero al último de sus individuos, antes que sufrir la más ligera infracción de ellas.

17°. Este ejército observará a la letra la Ordenanza, y sus jefes y oficialidad continúan en el pie en que están, con la expectativa no obstante a los empleos vacantes y a los que se estimen de necesidad o conveniencia”.

En los Tratados de Córdoba, donde se reconoce la independencia de México, se acordó en el punto 7, lo siguiente: “La Junta Provisional Gubernativa gobernará interinamente conforme a las leyes vigentes en todo lo que no se opongan al Plan de Iguala y mientras las cortes formen la Constitución del Estado Mexicano.” Aunque mediante una disposición de carácter general, en los Tratados se acuerda mantener la vigencia del derecho militar novohispano.

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, vigente a partir del 10 de enero de 1822, señaló en el artículo 57, lo siguiente: *“Subsisten los juzgados y fueros militares...., que procederán como hasta aquí, según la Ordenanza y leyes respectivas”*.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, dispuso en su artículo 154, que: “Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes”⁴⁷⁹.

La Constitución Centralista de las Siete Leyes de 1836, estableció en el artículo 30: *“No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar”*.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Tena Ramírez, op.cit., pág. 190.

⁴⁸⁰ Ibid, pág. 237

El proyecto de reformas de 1840 a la anterior constitución conservadora, ratificó lo anterior al establecer en el artículo 106: "*Los militares y eclesiásticos continuarán gozando de sus respectivos fueros*".⁴⁸¹

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843, establecían en el artículo 9 fracción VIII: "... Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad, según las leyes vigentes".⁴⁸²

La Constitución Federal de 1857, en el artículo 13, en lo conducente es del texto siguiente: "... Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar.... ".⁴⁸³

Es de observarse que los diversos textos constitucionales vigentes durante el siglo XIX, tienen dos elementos en común. El primero consiste en que no lograron fijar de manera definitiva la forma de gobierno, toda vez que oscilaban de la república a la monarquía y del sistema federal al central, pero sin poder consolidar alguno de ellos. El segundo, es el tratamiento que otorgan al fuero militar. Las constituciones mexicanas han mantenido una prudente distancia de la clase militar, a la que le han respetado sus tradicionales privilegios. En efecto, el solo hecho de introducir una mínima e insuficiente regulación de las Fuerzas Armadas a nivel constitucional y basar su normatividad secundaria en la subsistencia del derecho militar indiano, fomentó que los militares fueran los "amos de su propia parcela", provocando una serie de abusos que terminaron por desprestigiarlos.

Podemos suponer que estaba en el interés de los gobiernos del México independiente, expedir las leyes que sustituyeran a las del tiempo de la colonia, sin embargo se mantuvo vigente el orden jurídico indiano o novohispano en materia castrense, durante la mayor parte del siglo XIX, hasta el año de 1882 en que inicia el período de codificación de la Justicia Militar. La explicación que podemos encontrar para este fenómeno, radica en la importancia que tenían las Fuerzas Armadas y lo difícil que resultaría modificar su régimen de fueros y privilegios. El solo hecho de tratar de regularizar el orden normativo militar, implicaba afectar los intereses de su jerarquía y élite, a lo que seguramente se presentó una fuerte oposición.

⁴⁸¹ Ibid, pág. 274

⁴⁸² Ibid, pág. 407

⁴⁸³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Porrúa, México, 1981, pág.608

Mantener la complejidad normativa en cuestiones militares, creaba un vacío legislativo que favorecía los privilegios y prerrogativas de las Fuerzas Armadas.

Diversa explicación la podemos encontrar en las diferencias ideológicas entre liberales y conservadores. Mientras los primeros favorecían la creación de un nuevo orden jurídico nacional, los segundos propugnaban por mantener vigente el “antiguo régimen”. Pero ambos partidos requerían de las Fuerzas Armadas para hacer triunfar sus programas ideológicos y derrotar al enemigo, lo que explica la posición regalista de ambos, manteniendo el fuero militar como un privilegio para conservar su lealtad y adhesión. Se confundían los intereses propios de las élites y sus caudillos militares con los de la nación.

En el contexto de la Reforma, en 1855 la Ley Juárez dispuso que los tribunales militares dejaran de conocer negocios civiles para sólo conocer delitos propios de su fuero. Otra limitación surgió de la Constitución de 1857 que limitó al fuero de guerra a las faltas y delitos cometidos contra la disciplina militar.

Ante la confusión derivada de la superposición de leyes expedidas por el bando conservador y otras por el liberal, sobre el corpus del derecho virreinal, se planteaban dos posibles caminos. Seguir la tradición francesa de codificar el derecho o bien favorecer la recopilación de leyes al modo español. A pesar de que las “luces del siglo” indicaban el camino de la codificación del derecho castrense, se optó por el esquema español de las compilaciones o recopilaciones.

Las ordenanzas del viejo orden jurídico virreinal, en efecto subsistieron hasta que se logró consolidar la forma de gobierno, lo que ocurrió hasta el año de 1867, con la restauración de la república federal y la vigencia definitiva de la Constitución de 1857, lo que permitió la expedición de una legislación militar nacional hacia el año de 1882. Sin embargo, específicamente, en lo referido al fuero militar, el primer código de justicia militar se expidió en 1882. Posteriormente se expidieron cuatro códigos hasta el de 1901 que derogó el de 1898 y que se integraba con tres leyes: de organización y competencia de los tribunales militares, de procedimientos penales en fuero de guerra y penal militar; este código fue el último hasta la sanción del Código de Justicia Militar de 1933.

En congruencia con la tendencia de mantener el statu quo en la relación con las Fuerzas Armadas, el marco normativo virreinal que subsistió en esta etapa, era el siguiente:

1. Cuerpos jurídicos: **Reales** Ordenanzas:
 - 1.1. Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos, sancionadas por el rey Carlos III el 22 de octubre de 1768, en San Lorenzo el Real;
 - 1.2. Real Ordenanza de levas: vagos y viciosos, sancionada el 7 mayo 1775;
 - 1.3. Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendencias de ejército y provincia en el Reino de la Nueva España, 1776;
2. Reales Cédulas
 - 2.1. Reales cédulas de 30 de marzo y 8 de diciembre de 1789, sobre conflictos de jurisdicción
 - 2.2. Real cédula 21 mayo 1795, sobre fuero militar;
 - 2.3. Real cédula 8 diciembre 1800, sobre restricciones al fuero militar;
 - 2.4. Real Cédula 11 febrero 1816, para establecer la competencia militar del Consejo de Guerra;
3. Reales Órdenes
 - 3.1. Real orden 3 marzo 1774, sobre fuero militar;
 - 3.2. Real orden 24 septiembre 1776;
 - 3.3. Real orden 28 mayo 1795, sobre desafuero de militares;
 - 3.4. Real orden 29 de enero de 1804, sobre las opiniones del auditor en causas militares;
 - 3.5. Real orden 17 agosto 1807, sobre desafuero de militares;
4. Reales Decretos
 - 4.1. Real decreto 9 febrero 1793, sobre conflictos de jurisdicción, desafuero, fuero militar en causas civiles y criminales, jurisdicción ordinaria;
5. Reales Instrucciones
 - 5.1. Reales Instrucciones de 19 de abril 1813, para dirimir competencias que se susciten en materia de jurisdicción;
6. Reales Resoluciones
 - 6.1. Real resolución 3 julio 1801, sobre restricciones al fuero militar;
7. Reales Circulares
 - 7.1. Circulares 11 y 12 mayo 1779, sobre levas, vagos y viciosos;
 - 7.2. Circular 5 noviembre 1817, sobre delitos militares y desafuero;
8. Resoluciones de Cortes
 - 8.1. Decreto de las cortes de 1 junio de 1812, sobre competencia de los tribunales;

8.2. Ley de las Cortes de 19 abril 1813, sobre conflictos de Jurisdicción;

La normativa descrita, tuvo aplicación en el México independiente, lo que se puede constatar, mediante la consulta de dos obras jurídicas clásicas de la primera mitad del siglo XIX, pergeñadas por el licenciado Juan N. Rodríguez de San Miguel:

- a. El Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, de Joaquín Escriche, con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, cuya edición en México data del año de 1837.⁴⁸⁴
- b. Las Pandectas Hispano Mexicanas o sea Código General Comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas.⁴⁸⁵

En ambas obras, diccionario y pandectas, se ponía al alcance de los interesados en cuestiones jurídicas el derecho aplicable desperdigado en infinidad de cuerpos jurídicos utilizados en la administración de justicia. La obra citada, comprende todo el derecho vigente en la colonia que pasó al México independiente donde tuvo vigencia y aplicación práctica. Se elaboró con la legislación dictada por los reyes españoles y las resoluciones de la Audiencia de México, armados temáticamente.

Las autoridades mexicanas, también emitieron una gran cantidad de disposiciones y reglamentos en materia castrense, que se expidieron durante la primera mitad del siglo XIX.⁴⁸⁶ Se trató de una legislación desarticulada, desordenada y emitida con un carácter más bien provisional y de coyuntura, por las diferentes facciones políticas en pugna.

⁴⁸⁴ Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, de Joaquín Escriche, con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, editado por el González. Edición e introducción de María del Refugio González, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993.

⁴⁸⁵ Rodríguez de San Miguel, Juan N. “Pandectas hispano mexicanas o sea Código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las siete partidas”. Pie de Imprenta: México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1980.

⁴⁸⁶ Cfr. Cruz Barney, “Notas para una Historia ...”, op.cit. págs. 166-172.

Como lo informa Cruz Barney, las Ordenanzas de 1768 eran la norma fundamental para la Fuerzas Armadas mexicanas en este período de su historia y “se continuaron aplicando en tres órdenes: a) como ordenanza general del ejército permanente, b) como ordenamiento supletorio de las disposiciones especiales sobre milicias activa y nacional local y c) como marco general en materia de juicios militares.”⁴⁸⁷

Esta normativa fue tan señalada en la regulación de las Fuerzas Armadas, que en el año de 1852 se publicó la edición mexicana de las Ordenanzas de 1768⁴⁸⁸, bajo el título de “*Ordenanza Militar para el Régimen, Disciplina Subordinación y Servicios del Ejército, Comparada, Anotada, y Ampliada por la que se observa al verificarse la Independencia, con las disposiciones anteriores y posteriores hasta el presente año, en que revisada previamente por la Junta Consultiva de Guerra, se publica por disposición del Supremo Gobierno.*”⁴⁸⁹ Se trata de una compilación de leyes, reglamentos y decretos, pues además de las ordenanzas carolinas, contiene todas las disposiciones normativas dictadas entre 1823 y 1852, en materia militar. Es por ello que se afirmó en párrafos anteriores, que la legislación castrense siguió el modelo de las compilaciones y recopilaciones de tradición española.

En 1852, se expidió la Ordenanza Militar para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del ejército, comparada, anotada y ampliada, la cual ha sido considerada como la primera Ordenanza Militar Nacional o Mexicana, aunque se trata, del ordenamiento hispano de 1768, al cual se le incorporaron diferentes disposiciones castrenses, tanto españolas como mexicanas.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Cruz Barney, “Notas para una Historia ...”, op.cit. pág. 164.

⁴⁸⁸ Hubo dos ediciones previas, en 1833 y en 1842, sin embargo se considera que las de 1852 fue la completa de las compilaciones de legislación militar.

⁴⁸⁹ Esta obra consta de dos tomos, el primero y el tercero, curiosamente se saltaron el tomo segundo, información proporcionada por el profesor Alejandro Mayagoitia.

⁴⁹⁰ BERMÚDEZ, Renato de J. Breve Reseña Histórica del Derecho Penal Militar Mexicano. En línea. www.jusmilitaris.com.br. (consultado el 28 de julio de 2013)

9. Evolución hacia la Codificación del Derecho Militar y de las Normas Reguladoras del Fuero de Guerra

La tercera etapa evolutiva de la configuración normativa del derecho militar, se caracteriza por la expedición de códigos. La reglamentación jurídica aplicable a las Fuerzas Armadas y al fuero militar, se conjuntó de manera sistemática y ordenada, unitariamente, es decir en un mismo cuerpo normativo, expedido por los órganos establecidos y facultados para ello en la Constitución de 1857 y posteriormente en la de 1917. Se trata de una legislación completamente nacional, poniendo fin a la vigencia del derecho español e indiano en materia militar. Como antecedente de un Código de Justicia Militar,⁴⁹¹ fue el implantado por el Ejército Francés en 1864. Una versión traducida al castellano de orden del Emperador Maximiliano, reglamentó tanto al ejército de ocupación como a las unidades mexicanas aliadas al Imperio. Al finalizar la intervención francesa, también concluyó la vigencia de este ordenamiento militar.

Esta etapa se explica debido a las condiciones del Estado mexicano en el último cuarto del siglo XIX. El proyecto liberal había triunfado, lo que finalmente legitimó la vigencia de la Constitución de 1857. La independencia nacional se había consolidado y todos los factores reales de poder se alinearon, controlados por la élite liberal y la nueva burguesía, con gran potencial económico. Las Fuerzas Armadas debían regresar a sus cuarteles, como lo dispone la Constitución⁴⁹², y dejar de ser un factor de inestabilidad para convertirse en un instrumento para el ejercicio del poder político. El esquema jurídico buscaba institucionalizar a las Fuerzas Armadas y desaparecer a las milicias nacionales o guardia nacional como se le denominó a partir de la reglamentación expedida en septiembre de 1846. También operaba el Cuerpo de Rurales, corporación militarizada que

⁴⁹¹ Código de Justicia Militar del Ejército Francés, traducido al castellano de orden de S.M. el Emperador Maximiliano I, por el general graduado coronel D. Manuel Zabala, coronel retirado D. José Ignacio Serrano y teniente coronel D. Luis de la Piedra, que compusieron la comisión nombrada al efecto, México, Imprenta de A. Boix, a cargo de Miguel Zornoza, 1864. Citado por Cruz Barney, op.cit. pág. 180 nota al pie 86.

⁴⁹² Artículo 122, Constitución 1857: En tiempo de paz ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones, que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del gobierno de la Unión; ó en los campamentos, cuarteles ó depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.

operaba como policía en las zonas rurales y en los caminos secundarios. La Revolución de 1910, no alteró este esquema. En efecto, el presidente Madero, licenció a las tropas revolucionarias y sostuvo al ejército federal porfirista. Asimismo cuando finalmente triunfó el bando Constitucionalista y particularmente se consolidó el poder político en la dupla Obregón-Calles, este último como Jefe Máximo de la Revolución Mexicana, el general Joaquín Amaro reorganizó al ejército bajo la denominación de Ejército Mexicano. Se expidió un nuevo Código de Justicia Militar, siguiendo las mismas fórmulas y procedimientos que en la etapa porfirista. Los códigos de justicia militar de la época porfirista y el post revolucionario, fueron expedidos en uso de facultades extraordinarias, concedidas por el Congreso al Presidente de la República para legislar. En ambos períodos de la historia hubo una figura presidencial, militar y políticamente, fuerte y un Poder Legislativo alineado con aquél. Los diputados y senadores al Congreso de la Unión, porfiristas y revolucionarios, coincidieron en que el ejecutivo era quien poseía la información técnica necesaria para reglamentar y organizar al ejército, por lo que delegaron esta potestad en el Presidente de la República. El paralelismo de estos dos periodos de la historia nacional, tan diferentes en ideología, concuerdan en el procedimiento para reglamentar jurídicamente a las Fuerzas Armadas. Es por ello que sostengo la afirmación de que la Revolución no alteró el criterio codificador castrense, que caracteriza esta etapa.

El Congreso decretó, primero en favor de Porfirio Díaz y luego de Manuel González⁴⁹³, conceder facultades extraordinarias para legislar, renovables cada vez que se requería. Esta práctica irregular desde una perspectiva constitucional, fue incluso justificada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el argumento de que el Poder Legislativo, subsiste aunque delegue sus facultades en el Ejecutivo, toda vez que al no fusionarse, no se vulnera el principio de división de poderes, pues cada uno conserva su entidad, a pesar de que confundan sus funciones.⁴⁹⁴ En ejercicio de esta delegación legislativa, se expidieron los siguientes ordenamientos en materia castrense:

⁴⁹³ El primer período presidencial de Díaz transcurrió de 1876, triunfo de la rebelión de Tuxtepec, a 1880. Manuel González ocupó la presidencia del 1 de diciembre de 1880 al 30 de noviembre de 1884, en que entregó el poder nuevamente a Díaz. Cfr. Villalpando, op.cit.

⁴⁹⁴ Cfr. Carpizo, Jorge. "El Presidencialismo Mexicano" Siglo XXI editores, Decimosexta ed. México, junio 2002. pág. 101 y ss.

- Ordenanza General para el Ejército de la República Mexicana, del 6 de diciembre de 1882, siendo Presidente Manuel González. El inicio de su vigencia fue el 1º de enero de 1883 y en sus transitorios derogó expresamente la *“antigua ordenanza reformada en 1852 y todas las disposiciones militares que se opongan a la que por este decreto se manda poner en vigor”*.⁴⁹⁵ Este ordenamiento también se denominó “Manual de Administración de Justicia Militar”, según lo refiere Saucedo López.⁴⁹⁶
- Código de Justicia Militar de 11 de junio de 1894, expedido siendo Presidente Porfirio Díaz, como en el caso de los subsecuentes.
- Ordenanzas del Ejército y la Armada de la República Mexicana (1897), expedida por el Presidente de la República General Porfirio Díaz.
- Código de Justicia Militar de 1903,
- Ley de Procedimientos Penales en el Fuero de Guerra, de 22 de mayo 1902.⁴⁹⁷

Posteriormente, al triunfo de la primera etapa de la Revolución Mexicana en 1911, y durante la presidencia de Francisco I. Madero, fue promulgada por Decreto 224 la Ordenanza General del Ejército, el 11 de diciembre de 1911, siendo Secretario de Estado y del Despacho de Guerra y Marina el General de Brigada José González Salas, la cual entra en vigor a

⁴⁹⁵ Cruz Barney, Oscar. “Notas para una Historia ...”, op.cit. pág. 185, nota 98, donde cita el Decreto de 6 de diciembre de 1882, que puede ser consultado en Dublán y Lozano José María, “Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones expedidas desde la independencia de la República, México”, Ed. Oficial, Imprenta del Comercio, 1876, T.I-XIX.

⁴⁹⁶ Cfr. Saucedo López, Antonio. “Los Tribunales Militares en México”. Editorial Trillas, México 2002, pág. 31.

⁴⁹⁷ Cfr. Ibid., págs. 32 a 34.

partir del 5 de enero de 1912, y está conformada por seis Tratados, divididos en 5 Títulos y éstos a su vez en 1340 Artículos, con dos transitorios.⁴⁹⁸

Al término de la Revolución Mexicana, en la etapa de consolidación institucional del sistema político mexicano, el Congreso de la Unión, mediante decreto del 28 de diciembre de 1932⁴⁹⁹, concedió al general Abelardo L. Rodríguez, Presidente Substituto de la República, facultades extraordinarias para legislar en materia militar, motivando esta determinación de la manera siguiente:

“Al H. Congreso de la Unión.

*En atención a la imperiosa necesidad que hay de concordar las diversas disposiciones que existen en las leyes militares, sus reglamentos y circulares respectivas, para evitar la confusión que de ellas dimanen y que en muchos casos se traducen en contradicción manifiesta, y con el fin de adecuarlas también a los adelantos que la ciencia y la experiencia aconsejan, la Secretaría de Guerra y Marina ha hecho el estudio de diversos proyectos tendientes a esos fines, proyectos que no podrá someter a la consideración y estudio del H. Congreso de la Unión en el presente año, por **el poco tiempo que falta para la clausura del período de sesiones**. Como dichas leyes, tales como la Orgánica del Ejército, la de Disciplina, la de Cuadros, la de Reclutamiento, la de Retiros y Pensiones, la de Ascensos y Recompensas, la Orgánica de los Tribunales Militares, el Código Penal Militar, el de Procedimientos en la misma materia y los*

⁴⁹⁸ Cf. Ordenanza General del Ejército, edición facsimilar editada por la Secretaría de la Defensa Nacional,

http://www.archivohistorico2010.sedena.gob.mx/libros_dn18/Ordenanza_Ejercito.php

⁴⁹⁹ Decreto que faculta al Ejecutivo Federal para expedir leyes y reglamentos relacionados con la organización del Ejército y la Marina nacionales y con el fuero de justicia militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1933.

Reglamentos que son necesarios; es indispensable que el refrido (sic) H. Congreso conceda al Ejecutivo Federal las necesarias facultades para la expedición de tales leyes...”

El Congreso otorgó un plazo del 1º de enero de 1933 al 31 de agosto del mismo año, para que el Ejecutivo expidiera las leyes relacionadas con la organización del ejército, la armada y el fuero militar. Sin embargo, según se desprende del párrafo transcrito con anterioridad, señala que deben concedérsele facultades al ejecutivo Federal para expedir el Código de Justicia Militar en virtud “del poco tiempo que falta para la clausura del período de sesiones”⁵⁰⁰. El Código de Justicia Militar vigente fue decretado el 29 de agosto de 1933 y publicado en el Diario Oficial el 31 de agosto, esto es, tres días y la víspera respectivamente, a la fecha en que el Congreso de la Unión comenzara el período ordinario de sesiones, el 1º de septiembre. Desde nuestro punto de vista, el Presidente bien pudo pergeñar las iniciativas de ley correspondientes en el año de plazo que le concedió el Congreso y someterlas a la aprobación de las cámaras legislativas en el período que comenzaba, donde hubiera dispuesto de todo el tiempo necesario para su discusión, análisis y aprobación. De cualquier modo, las normas castrenses no se expidieron inmediatamente después de la delegación de facultades, lo que hubiese denotado una verdadera urgencia, sino 8 meses después. Independientemente de lo anterior, el código marcial entró en vigor hasta el 1 de enero de 1934. De lo anterior, no se advierte que hubiera algún motivo racional para conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, además de que el país no se encontraba en situación de emergencia como lo previene el artículo 29 de la Constitución.

El decreto delegatorio de facultades legislativas a favor del Presidente, disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. Se conceden facultades al Ejecutivo de la Unión, para que expida todas las leyes y reglamentos que se relacionan con la organización del Ejército y la Marina Nacionales,

⁵⁰⁰ Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, del miércoles 21 de diciembre de 1932, pág. 15 y 16.

así como con el fuero de justicia militar, reformando las existentes o dando las nuevas que sean del caso;

“ARTÍCULO SEGUNDO. El Ejecutivo de la Unión usará de las facultades a que se refiere el punto anterior dentro del término comprendido del 1º. de enero de 1933 al 31 de agosto del mismo año, y

“ARTÍCULO TERCERO. El Ejecutivo de la Unión dará cuenta al Congreso de los Estados Unidos Mexicanos durante el período de sesiones que celebrará éste, a partir del 1º. de septiembre de 1933.”

De su lectura, se aprecia que sólo se autorizó al Ejecutivo de la Unión para expedir todas las leyes y reglamentos que se relacionan con la “organización” del Ejército, la Marina y el fuero de guerra, sin que ello implique expedir un ordenamiento jurídico en el que se establezcan delitos y penas, así como normas adjetivas penales, tal y como lo hace el Código de Justicia Militar. El Presidente Abelardo L. Rodríguez, se excedió en las facultades que le otorgó el Congreso de la Unión, pues jamás se le autorizó para que expidiera una ley en la que estableciera normas de carácter procesal, tipos penales ni penas. Al titular del ejecutivo, se le facultó únicamente a expedir leyes para organizar las Fuerzas Armadas; cuando mucho, se encontraba facultado para organizar o estructurar al servicio de justicia militar y los órganos del fuero de guerra. Para lo que de ninguna manera tenía facultades era para crear tipos penales militares y determinar los procedimientos correspondientes a la jurisdicción militar. De hecho considero que esta práctica es contraria a la Constitución General de la República, no solamente la delegación de facultades legislativas en favor del Presidente de la República sino muy específicamente la expedición de normas sustantivas y adjetivas en materia penal, aunque se trate de la materia militar, que le fue “delegada” al Ejecutivo. En efecto, el artículo 14 constitucional, dispone en la parte conducente: “*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*”

El mandato constitucional es claro y contundente en señalar que solamente se puede imponer sanciones de naturaleza penal, si estas están determinadas en una “ley”, en sentido formal y material, es decir expedida por el Congreso de la Unión, que cuenta con las facultades constitucionales para ello. En el caso del código castrense no sucede lo anterior, toda vez que los tipos penales militares y las leyes del procedimiento fueron decretados en uso de facultades extraordinarias ejercidas en exceso por el titular del poder ejecutivo federal.

No obstante los claros visos de inconstitucionalidad de la legislación militar, los tribunales de la federación los han soslayado y eventualmente subsanado, aplicando el criterio de que las posteriores reformas aprobadas por el Congreso de la Unión al Código de Justicia Militar, expresan la voluntad del poder legislativo de “hacer suyo” dicho cuerpo normativo, convalidando con ello sus vicios de inconstitucionalidad.

El Código de Justicia Militar fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933.⁵⁰¹ Las reformas a este cuerpo normativo, se pueden dividir en dos grandes momentos.

El primero que se caracteriza porque las modificaciones y adiciones al código castrense fueron realizadas en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la Unión al titular del Poder Ejecutivo Federal, como casi toda la legislación expedida durante las décadas de 1920 y 30. Las leyes militares no fueron la excepción a esta manifestación de presidencialismo exacerbado y sumisión del órgano legislativo.

Al presidente Lázaro Cárdenas del Río, se le concedieron facultades legislativas en materia del “Ramo de Guerra”, mediante decreto del 31 de diciembre de 1936⁵⁰². Al presidente Manuel Ávila Camacho, se le

⁵⁰¹ El 27 de septiembre de 1933, se publicó en el Diario Oficial una amplia Fe de Erratas del Código de Justicia Militar. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cjm.htm>

⁵⁰² Decreto del 31 de diciembre de 1936, mediante el cual el Congreso de la Unión: "concede facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión para legislar en los Ramos de: Gobernación: Población, Migración, Demografía y Turismo; Salubridad Pública; y Materia Penal y Procesal Penal; y para reformar la Ley de Secretarías y Departamento de Estado. El Ejecutivo dará cuenta oportunamente al Congreso de la Unión del uso que haga de estas facultades, el 31 de agosto de 1937.

concedieron facultades extraordinarias para legislar en todos los ramos de la administración pública, en el contexto de la declaración del estado de guerra entre México y las potencias del “Eje”, mediante decreto del 1 de junio de 1942.

El segundo momento en la actualización de la legislación castrense, se realiza casi cincuenta años después a iniciativa del presidente Carlos Salinas de Gortari. A partir de entonces cada Presidente de la República ha presentado cuando menos una iniciativa de reformas o adiciones relacionadas con el Código de Justicia Militar, que han sido aprobadas sin problema político alguno por el Congreso mexicano.

Durante la vigencia del referido código, se han publicado en el Diario Oficial de la Federación los siguientes decretos de reformas.⁵⁰³

1. El 29 de septiembre de 1937.- Reformó el artículo 49, referido a la policía judicial militar;
2. El 26 de junio de 1942.- Se reformó la fracción V del artículo 39, relacionado con la composición del Cuerpo Médico Legal Militar; se cambiaron los requisitos de uno de sus integrantes, el agente auxiliar, al que originalmente se le exigía ser militar de guerra, con grado no menor del de mayor; ahora se requiere ser abogado, teniente coronel de servicio auxiliar;
3. El 17 de octubre de 1944, acerca de la composición de los Consejos de Guerra y de los delitos de insumisión y deserción artículos 10, 152, 264, 275 y el Capítulo IV del Libro II.
4. El 24 de junio de 1993.- Se reformaron los artículos 193, 201 segundo párrafo, sobre readaptación social, indulto y penas; 202 sobre la conmutación de la pena de muerte por prisión extraordinaria. También

⁵⁰³ Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cjm.htm>, consultada el 28 de julio del 2013.

sobre penas los artículos 873, 874 fracción IV, 875, y 878 a 881 sobre el indulto.

5. El 22 de julio de 1994.- Se hizo una amplia reforma del código a efecto de compatibilizarlos con las reformas en materia penal promulgadas para el fuero común.
6. El 23 de enero de 1998.- Se reformó el artículo 4 fracción I, que establece los requisitos para ser magistrado del Supremo Tribunal Militar, entre ellos, ser mexicano por nacimiento que **no adquiriera otra nacionalidad** y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Esta modificación formó parte de una iniciativa que modificó diversas leyes, para excluir de cargos públicos a los ciudadanos que ostenten una nacionalidad adicional a la mexicana.
7. El 18 de mayo de 1999, se reformaron y adicionaron siete artículos⁵⁰⁴ relacionados con la actividad del Ministerio Público; los deberes y atribuciones de los agentes adscritos a un juzgado militar; la forma de acreditar el cuerpo del delito; los requisitos de la formal prisión; se adicionaron los artículos 801 bis y 801 ter, facultando al agente del Ministerio Público para negar la solicitud de libertad provisional del inculcado por delito no grave cuando tome en cuenta su conducta precedente y se presenten algunas circunstancias y otorgando atribuciones al juzgador para revocar la libertad provisional del inculcado si lo solicita el agente del Ministerio Público Militar;

⁵⁰⁴ Se reformaron los siguientes: artículo 78; la fracción I del artículo 83; la denominación del Capítulo III, del Título Segundo, del Libro Tercero; el párrafo segundo del artículo 453; el artículo 454 y las fracciones III, V y VII y los párrafos segundo y cuarto del artículo 515, y se adicionan los artículos 801 bis y 801 ter, todos del Código de Justicia Militar

8. El 29 de junio de 2005.- Se reformaron un número importante de artículos del código, pero de ellos destaca la proscripción de la pena de muerte y sustitución por prisión extraordinaria de 30 a 60 años.⁵⁰⁵
9. El 16 de noviembre del 2011.- Se adicionó el Capítulo IV Bis, al Título Octavo del Libro Segundo del Código de Justicia Militar, adicionando los artículos 275 Bis y 275 Ter. Se adiciona el Capítulo IV Bis denominado “Traición a las Fuerzas Armadas Mexicanas”, al Título Octavo del Libro Segundo del Código de Justicia Militar, adicionando los artículos 275 Bis y 275 Ter;
10. El 9 de abril del 2012.- Se reformaron diversas leyes federales, con el objeto de actualizar todos aquellos artículos que hacen referencia a las secretarías de estado cuya denominación fue modificada y al Gobierno del Distrito Federal en lo conducente; así como eliminar la mención de los departamentos administrativos que ya no tienen vigencia. El Código seguía refiriéndose a la Secretaría de Guerra y Marina, cuando su denominación cambio desde 1937.

⁵⁰⁵ Se Reforman los Artículos 67, fracción VIII; 73, primer párrafo; 74; 122, fracciones I, III y IV; 128; 129; 145, fracción II; 151, primer párrafo; 157, fracción I; 175; 182; 185; 190, fracción III; 197, fracción II; 202; 203, primer párrafo; 204; 206; 208, primer párrafo; 209, último párrafo; 210; 213, último párrafo; 219, primer párrafo; 237; 251; 252; 253, primer párrafo; 272; 274, fracciones I y III; 279, primer párrafo y fracción I; 282, fracción III; 285, fracción IX; 286; 288; 290, último párrafo; 292; 299, fracción VII; 303, fracción III; 305, fracción II; 311, último párrafo; 312, fracciones II y III; 313, último párrafo; 315; 318, fracción VI; 319, fracción I; 321; 323, fracción III; 338, fracción II; 356; 359; 362, primer párrafo; 363; 364, fracción IV; 376, primer párrafo; 385; 386, primer párrafo; 389; 390; 391; 392, fracción I; 397, primer párrafo; 398, primero y último párrafos; 430; 872 y la denominación del Título Tercero y de su Capítulo VIII, ambos del Libro Segundo, así como la denominación del Capítulo III, del Título Sexto del Libro Tercero; y se Derogan los Artículos 122, fracciones II y V; 130; 142; 145, fracción III; 151, fracción I; 174, fracción I; 176; 177; 178; 190, fracción IV; 197, fracción I y último párrafo; 431; 712; 713; 850, fracción II; 851; 852; 869; 870, y el Capítulo V, del Título Segundo del Libro Segundo, todos del Código de Justicia Militar

El 13 de junio del 2014.- Se dio cumplimiento a las reformas al artículo 57 del Código de Justicia Militar, ordenada por la sentencia pronunciada por la Corte de San José en el caso Radilla Pacheco. Asimismo se hizo una abundante reforma al Código de Justicia Militar, que lamentablemente no lo sacó de su obsolescencia.

Finalmente se observa que la jurisdicción penal militar no ha sido adecuada conforme a las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008. En la página electrónica oficial de la Secretaría de la Defensa Nacional, solamente se menciona: “*Actualmente un órgano colegiado compuesto por personal de la Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina, coordinado por el Supremo Tribunal Militar, se encuentra elaborando el proyecto para actualizar y adecuar el Código de Justicia Militar a dichas Reformas Constitucionales*”⁵⁰⁶.

En el informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux para la Organización de las Naciones Unidas, se recomienda que “los códigos de justicia militar sean objeto periódicamente de una revisión sistemática, realizada con independencia y transparencia, para velar porque las competencias de los tribunales militares respondan a una estricta necesidad funcional, sin invadir las competencias que pueden y deben corresponder a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.” La opinión del relator se sustenta en que “esa revisión de los códigos de justicia militar debería confiarse a un órgano independiente, que recomendase las reformas legislativas apropiadas para limitar las competencias residuales no justificadas y volver así, en lo posible, a la jurisdicción ordinaria y al derecho común, tratando de evitar las dobles incriminaciones. De un modo más general, la revisión periódica propuesta debería garantizar la adecuación y la eficacia de la justicia militar en relación con sus justificaciones prácticas. Reflejaría asimismo el carácter plenamente democrático de una institución que debe responder de su actuación ante los poderes públicos y el conjunto de los ciudadanos. Por último, de ese modo

⁵⁰⁶ Cfr.: <http://www.sedena.gob.mx/index.php/derechos-humanos/jurisdiccio-militar/instrumentacion-de-reformas/3878-instrumentacion-de-las-reformas-al-sistema-de-justicia-penal>, consultada el 28 de julio del 2015.

podría plantearse con toda transparencia en una sociedad democrática el debate de principios sobre la existencia misma de la justicia militar.”⁵⁰⁷

Las reformas al código castrense han sido meramente cosméticas o para actualizar el nombre de dependencias. Solamente la última fue en cumplimiento de la sentencia de la Corte de San José para acotar la competencia de los tribunales militares en casos de violación a los Derechos Humanos de víctimas civiles.

Es muy recomendable que las universidades y los académicos especializados en la materia, participen conjuntamente con las autoridades en este proceso de actualización permanente de la legislación sustantiva y adjetiva militar. Pero no solamente limitarse a ello, sino revisar todo el marco jurídico relacionado con la actuación de las Fuerzas Armadas. Esta ha sido una exigencia de los propios militares, quienes requieren de una legislación adecuada para el cumplimiento de sus misiones, dentro de un espacio de seguridad jurídica institucional y particularmente para los militares como individuos. He recomendado que las asociaciones de militares en situación de retiro colaboren, con juristas especialistas, académicos y autoridades, en el diseño de un marco normativo para las Fuerzas Armadas. Ellos cuentan con los conocimientos, experiencia y tiempo suficientes para ello. Además imprimirían un sello de legitimidad a los trabajos que se realicen y que serán sometidos posteriormente a la consideración de los legisladores.

B. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADA MEXICANAS

La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas es de naturaleza corporativa. Al instituto armado se le considera como un todo independiente de sus partes. Deben ser neutrales, apolíticas y no deliberantes. Se señalan sus misiones y la ubicación de sus instalaciones en tiempo de paz. Se indica que el Presidente de la República puede disponer de ellas para preservar la seguridad interior y la defensa exterior del Estado

⁵⁰⁷ Cfr. La administración de justicia por los tribunales militares-Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, Principio 20, párrafo 64, 65 y 66.

mexicano. De los militares como individuos, como ciudadanos, nada se menciona.

Entonces ¿cuál será la condición jurídica de los militares? Se trata de ciudadanos en armas que, como tales, gozan de los mismos derechos y obligaciones que el resto de los mexicanos. ¿Un militar puede vestir según su gusto o llevar peinados a la moda? ¿Pueden renunciar a su comisión en cualquier momento? Sin duda son servidores públicos, pero ¿gozan de las mismas condiciones laborales que sus similares del servicio civil? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de su relación laboral con el Estado?

No se han realizado investigaciones respecto a la condición jurídica de los miembros de las Fuerzas Armadas desde una perspectiva de sus Derechos Humanos. Estas son prácticamente inexistentes en México. Se dan por sentadas muchas cuestiones pero al momento de plantear interrogantes básicas, simplemente no se cuenta con respuestas adecuadas para lograr un entendimiento razonable de ellas. Es la naturaleza jurídica de la función militar y los condicionamientos que impone a quienes la desempeñan, un atractivo campo de estudio para el derecho.

Analizar la condición de los integrantes de las Fuerzas Armadas en clave de Derechos Humanos, implica confrontar las características de universalidad, irreductibilidad e inalienabilidad que la Constitución General de la República atribuye a estos, con los avatares del servicio militar profesional y las normas que lo rigen.

Lo primero será establecer el estado de la cuestión sobre las limitaciones de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas. Precisar las restricciones de hecho y de derecho de los militares mexicanos que los diferencian de los servidores públicos civiles y localizar su sustento jurídico. Localizar la teoría e hipótesis para responderlas. Finalmente proponer un esquema para atender esta cuestión conforme a las necesidades contemporáneas de las Fuerzas Armadas mexicanas.

Anticipamos que es un tema escasamente explorado y que los aspectos analizados por académicos extranjeros dejan más dudas que respuestas a los problemas particulares de los militares mexicanos. No fue posible descubrir polémica o debate sobre el particular; tal parece que se da por sentado que la visión corporativa de las Fuerzas Armadas es más importante que la condición particular de sus integrantes.

1. Mexicanos al Grito de Guerra: ciudadanos en armas

El Ejército Mexicano moderno nació por decreto del 19 de febrero de 1913 emitido por el Congreso del estado de Coahuila y promulgado por el gobernador Venustiano Carranza. En el artículo segundo se ordenaba que el Gobernador “procederá a armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República”⁵⁰⁸. Así surgió el Ejército Constitucionalista que combatió al Ejército Federal bajo el mando del Presidente de la República General Victoriano Huerta. Con ello inició propiamente la Revolución Mexicana. Este constituyó el pie veterano de nuestro actual instituto armado. Por ello se afirma que las Fuerzas Armadas mexicanas tienen un origen popular. Su estructura, formación y misiones se abocan a la protección del pueblo del cual emanan. Desde esta perspectiva, las Fuerzas Armadas se convierten en garantes del respeto a los Derechos Humanos de la sociedad a la que sirven por vocación. Las Fuerzas Armadas deben ser neutrales, apolíticas y no deliberantes. No deben responder a intereses particulares ni de partido político alguno. Deben ser leales a las instituciones de la República sin importar quienes sean sus representantes ni sus preferencias u orientaciones ideológicas. La estructura castrense debe sustentarse en la disciplina de sus integrantes, de tal manera que cumplan con eficiencia y eficacia las misiones que constitucionalmente les corresponden. La lealtad dentro del marco de la legalidad y la ética, deben ser la pauta de su actuación. Dentro de este contexto las órdenes que reciban los militares deberán ser cumplidas, jamás cuestionadas ni discutidas.

Las notas apuntadas deben contar con una configuración constitucional y legal que responda a las especiales características de las Fuerzas Armadas. La Constitución General de la República impone a los ciudadanos mexicanos diversas obligaciones y les reconoce los derechos y prerrogativas inmanentes a la condición humana universalmente

⁵⁰⁸ En respuesta al golpe de estado y el posterior encarcelamiento del Presidente Francisco I. Madero y del Vicepresidente José María Pino Suárez por parte del General Victoriano Huerta, el XXII Congreso Constitucional del Estado Libre, Soberano e Independiente de Coahuila, por medio del Decreto 1421, desconoció el Gobierno Interino del General Huerta y le concedió al Gobernador Venustiano Carranza, las facultades para conformar un Ejército que restituyera el orden Constitucional. Texto del decreto se encuentra en Cfr. http://www.conaculta.gob.mx/centenario-ejercito/decreto_1421.php, consultada el 23 de mayo 2015.

considerada. Pero a los mexicanos que conforman a las Fuerzas Armadas permanentes en tiempo de paz, se les exige más y se les protege menos.

La profesión militar lleva consigo deberes, exigencias y limitación de ciertos derechos constitucionales sin los cuales, las Fuerzas Armadas podrían no ser efectivas. En efecto, el marco jurídico regulatorio de las Fuerzas Armadas impone a sus integrantes más obligaciones y les reconoce menos derechos y prerrogativas que al resto de los connacionales. Se les exige espíritu de sacrificio, dedicación, disciplina, obediencia y comprometer la propia vida al servicio de la patria. Desde su formación se somete a los aspirantes a la carrera de las armas a duras pruebas de resistencia, templanza y autocontrol para demostrar su aptitud para la vida castrense.

Durante el desarrollo de su vida profesional como militares se les exige alinearse a un régimen disciplinario riguroso del cual están exentos los servidores públicos civiles. Incluso en situación de retiro, quienes cumplieron en el activo su tiempo de servicio, continúan sometidos tanto a la disciplina militar como a la jurisdicción penal militar. El servicio profesional de las armas no se abandona porque se comete el delito de desertión; no se cuestiona porque se comete el delito de insubordinación; no se extralimita porque se comete el delito de abuso de autoridad.

Haciendo una comparación entre los servidores públicos civiles y los militares, estos últimos reciben una afectación a sus derechos fundamentales. No se trata de una limitación, toda vez que ello sería definitivo. Un militar que causa baja de las Fuerzas Armadas recupera plenamente el goce y disfrute de sus Derechos Humanos. Es por ello que prefiero utilizar el término “atemperar”⁵⁰⁹, para conceptualizar la afectación o limitación temporal y transitoria de los derechos fundamentales como consecuencia de las relaciones especiales de sujeción que regulan la prestación del servicio militar profesional.

En suma podemos afirmar que los militares se encuentran sujetos a un régimen atemperado en sus Derechos Humanos. Su particular condición jurídica y las misiones constitucionales del instituto armado inciden en sus

⁵⁰⁹ Atemperar significa moderar, templar, acomodar algo a otra cosa. Cfr. Real Academia Española de la Lengua <http://www.rae.es>

derechos fundamentales. En efecto, dicha atemperación se extiende al acceso universal a la justicia ordinaria y a un régimen disciplinario especial. Trasciende a las libertades de expresión, petición, reunión, asociación, libre tránsito, residencia. La posibilidad de optar por una doble nacionalidad les está vedada. También se excepcionan sus derechos laborales, de asociación sindical, huelga, régimen vacacional, libertad de trabajo. Su participación activa y pasiva en política esta matizada. Incluso en situación de retiro persiste esta condición. Enseguida analizaremos los Derechos Humanos y sus atemperaciones respecto de los militares.

Un aspecto nominal de la Constitución mexicana es el artículo 31. Señala cuáles son las obligaciones de los mexicanos. Entre ellas establece la de hacer que sus hijos o pupilos reciban educación militar, en los términos que establezca la ley. También impone la obligación de asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar. Tal parece que la primera estrofa del Himno Nacional mexicano se materializa en esta norma constitucional, que pretende que cada mexicano tenga al menos una educación castrense básica. Se trata de una disposición nominal, sin aplicabilidad alguna. Letra muerta cuyo origen y significado ha quedado en el olvido.

2. El servicio público de seguridad nacional, justifica la afectación de derechos fundamentales a los militares

A las Fuerza Armadas les corresponde prestar el servicio público de la seguridad nacional. Es el más importante de los servicios a cargo del Estado mexicano. Si se incumple, el Estado desaparece por fallido. En consecuencia su relevancia es evidentemente fundamental. Así lo reconoce el Programa Sectorial de Defensa Nacional 2013-2018: “La Seguridad Nacional es una condición esencial para preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado Mexicano, cuyas vertientes esenciales son la Seguridad Interior y la Defensa Exterior de la Federación; que son responsabilidad ineludible de todos los entes del Estado, con una participación importante las Fuerzas Armadas. Se considera que la Defensa Nacional es el conjunto de acciones, recursos y medios que adopta y dispone el Estado para garantizar la integridad, independencia y soberanía de la Nación, así como prevenir o eliminar las amenazas tradicionales y emergentes, riesgos y desafíos que procedan del ámbito externo e interno, y de esta forma contribuir a la estabilidad y al desarrollo nacional. De esta

manera, la Defensa Nacional se constituye como un bien público, de carácter permanente, que debe ser asumido por todos los componentes del Estado.”⁵¹⁰

El artículo 89 fracción VI constitucional, establece que corresponde al Presidente de la República preservar la seguridad nacional. Para ello dispone de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

Se cumple con el principio de subordinación del mando militar a la autoridad civil y se ubica esta actividad como una de las atribuciones que le corresponden al titular del Poder Ejecutivo de la Federación. Consideramos que la naturaleza jurídico constitucional de la seguridad nacional es la de un servicio público el más importante de todos sin duda, pues engloba diversos conceptos.

El primero la viabilidad del Estado mismo. La defensa exterior del territorio nacional y sus instituciones es la primera misión que le corresponde a las Fuerzas Armadas. Protección de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas. En la actualidad el ciberespacio también es motivo de tutela estatal, en cuanto a que las comunicaciones del país dependen de ella. La existencia del estado mexicano como miembro de la comunidad internacional de naciones, depende de que mantengamos la soberanía nacional.

La seguridad nacional también incide en cuestiones internas diversas. La seguridad alimentaria, la sanitaria y sin duda la seguridad pública, son de interés nacional. La atención a los problemas de esta naturaleza que afectan a la población, en primera instancia, corresponden a las autoridades civiles municipales, estatales o federales. Sin embargo cuando la magnitud de la amenaza rebasa la capacidad ordinaria de respuesta institucional, se convierte en un problema de seguridad nacional. Llegado el caso, las Fuerzas Armadas deben estar preparadas para atender estas situaciones de emergencia.

⁵¹⁰ Cfr. Programa Sectorial de Defensa Nacional 2013-2018, publicado en el Diario oficial de la Federación el 13 de diciembre del 2013. Pág. 3.

La seguridad nacional es un servicio público sui géneris. Por ello también será sui géneris el ente público encargado de brindarlo. Las Fuerzas Armadas se convierten en el último reducto para defender la subsistencia del Estado. Si las circunstancias las rebasan el resultado sería devastador. Para evitarlo deben ser eficientes y eficaces. Su adiestramiento debe ser permanente para enfrentar cualquier contingencia. No pueden fallar. Por ello se justifica que a sus integrantes se exija más que al resto de los servidores públicos. En efecto, a los militares se les demanda subordinación, obediencia, valor, audacia, lealtad, desinterés, abnegación por mencionar algunos. El servicio de las armas exige que el militar lleve el cumplimiento del deber hasta el sacrificio y que anteponga al interés personal, al cumplimiento de sus misiones dentro del marco de la Constitución y las leyes.

Para mantener estas exigencias, de toda necesidad se requiere limitar el régimen jurídico tutelar de los derechos constitucionales de los militares. En efecto, los estándares ordinarios en esta materia impedirían materializar los niveles de disciplina que requieren las Fuerzas Armadas. Ello incidiría negativamente en la operatividad del instituto armado.

Enseguida se analizarán las atemperaciones que actualmente se materializan en el ordenamiento jurídico nacional. Anticipamos que se requiere que las limitantes tengan una configuración constitucional y no solamente legal.

3. Limitación a los Derechos Políticos

La condición de militares limita posibilidades de participar activamente en política. No pueden postularse a cargos de elección popular federales, a menos que se separen del servicio activo en las Fuerzas Armadas, cuando menos noventa días antes de la elección.⁵¹¹ Para poder ser elegible para Presidente de la República, la separación deberá ser con una antelación de seis meses.⁵¹² Lo mismo ocurre para efectos de cargos de

⁵¹¹ **Artículo 55 CPEUM.** Para ser diputado (o senador) se requieren los siguientes requisitos: **IV.** No estar en servicio activo en el Ejército Federal ni tener mando en la policía o gendarmería rural en el Distrito donde se haga la elección, cuando menos noventa días antes de ella.

⁵¹² **Artículo 82 CPEUM.** Para ser Presidente se requiere: **V.** No estar en servicio activo, en caso de pertenecer al Ejército, seis meses antes del día de la elección.

elección popular municipales o estatales. Los militares en servicio activo tienen impedimento para ser diputados a las legislaturas locales⁵¹³, para ser gobernadores de los estados⁵¹⁴ y para ser electos síndicos, regidores y presidentes municipales⁵¹⁵.

Para salvar estos obstáculos los militares deben separarse de sus funciones. Sin embargo ello no es tan sencillo. No se puede renunciar a pertenecer a las Fuerzas Armadas. Cualquier solicitud de baja de la institución armada deberá ser acordada por el mando. Su determinación es discrecional e irrecurrible. Especialmente difícil es el trámite de baja para quienes forman parte de los servicios profesionales militares. Nos referimos a los médicos, ingenieros, pilotos aviadores y cualquier otra especialidad profesional. Los institutos de formación militar profesional les brindaron educación y mantenimiento gratuitos. Deben abonar con años de servicio el costo de sus estudios. Más aún si cursan posgrados en México o en el extranjero.

La alternativa es simplemente abandonar el trabajo. Quienes así lo hicieran cometerían el delito de Deserción y serían procesados por los órganos del fuero castrense y sometidos a prisión. Claro está que en caso de ganar las elecciones y rendir protesta para el cargo electivo, se les concedería una inmunidad parlamentaria que impediría su procesamiento penal. Sin embargo al término del período del encargo popular, podrá ser

⁵¹³ Tomaremos como ejemplo la Constitución del estado de México en el **artículo 40.-** Para ser diputado propietario o suplente se requiere: **VIII.** No ser militar o jefe de las fuerzas de seguridad pública del Estado o de los municipios en ejercicio de mando en el territorio del distrito o circunscripción por el que pretenda postularse.

⁵¹⁴ Constitución del estado de México artículo 68.- Para ser Gobernador del Estado se requiere: **V.** No ser servidor público en ejercicio de autoridad, ni militar en servicio activo o con mando de fuerzas dentro del Estado en los últimos 90 días anteriores al día de la elección ordinaria, o a partir del quinto día de la fecha de la publicación de la convocatoria para la elección extraordinaria; en los casos a que se refieren las dos fracciones anteriores, podrán postularse si se separan del cargo 60 días antes de las elecciones ordinarias y 30 de las extraordinarias.

⁵¹⁵ Constitución del estado de México artículo 120.- No pueden ser miembros propietarios o suplentes de los ayuntamientos: **V.** Los militares y los miembros de las fuerzas de seguridad pública del Estado y los de los municipios que ejerzan mando en el territorio de la elección

sometido a proceso penal por Deserción. Peor aún qué tal si pierde la elección. Para quienes tengan aspiraciones políticas ese no es el camino.

La solución “legal” se encuentra en la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos⁵¹⁶. Es facultad del Presidente de la República y en su caso del Secretario de la Defensa Nacional, conceder o negar una “licencia especial” para desempeñar cargos de elección popular.⁵¹⁷ En caso de ser concedida, será para el desempeño del cargo de elección popular específicamente señalado en la solicitud y por el término que se haya establecido al autorizarla. Este tipo de licencia especial será concedida cuando se justifique, pero sin goce de haberes. Esta disposición legal somete a la autorización discrecional de los funcionarios que se indican el ejercicio del derecho político fundamental de postularse para un cargo de elección popular. Desde una perspectiva práctica también existe una limitación adicional. Los militares no pueden salvar conductos en la escala de mando; no pueden comunicarse con el General Secretario sin la autorización de su superior inmediato. Lo anterior restringe aún más la posibilidad de que jerarquías inferiores puedan ejercer sus derechos políticos pasivos. Solamente los militares de alto rango tienen acceso al Secretario y ni qué decir del Presidente de la República. Destaca que la propia ley disponga que la licencia especial no podrá ser cancelada durante el desempeño del cargo electoral por el que se concedió.⁵¹⁸

Concluido el mandato, el militar en activo deberá reincorporarse al servicio al día siguiente en que concluya el cargo de elección popular y quedará a disposición de la Secretaría de la Defensa Nacional, para que le sea asignado destino.⁵¹⁹

Se advierte que la participación individual de los militares en política está claramente atemperada. Sin embargo en la década de los treinta del siglo XX se permitió una participación corporativa de las Fuerzas Armadas

⁵¹⁶ Diario Oficial de la Federación del 26 de diciembre de 1986; última reforma publicada 6 noviembre de 2014. Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

⁵¹⁷ Cfr. Artículo 174 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

⁵¹⁸ Idem artículo 176

⁵¹⁹ Idem artículo 175.

por medio del partido de estado. Al respecto el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México publicó: “La necesidad de transformar el Partido Nacional Revolucionario (PNR) surgió en un momento en que la importancia de las masas populares fue en aumento, convirtiéndose en el soporte gubernamental en momentos decisivos tales como la eliminación de los adversarios políticos liderados por el general Plutarco Elías Calles y la expropiación de los bienes de la industria petrolera. Fue entonces que se buscó la unificación y organización de grandes sectores de la población fomentando la formación de corporaciones e incorporándolas al partido oficial, modificando su estructura. El corporativismo se vio entonces como una solución tanto para encausar y controlar el movimiento social, como de respaldo al gobierno. En enero de 1938 se formó una comisión encargada de estudiar los cambios en los documentos oficiales del PNR. En las bases de la convocatoria, se llamó a cuatro sectores: I) Sector obrero, II) Sector campesino, III) Sector militar y, IV) Sector popular. La incorporación del Sector Militar al nuevo partido fue la más discutida, ya que se temía que la participación formal en la política del Ejército nacional crearía divisiones a su interior, poniendo en riesgo la estabilidad del país. A pesar de las reticencias, finalmente, el 3 de marzo, el general Manuel Ávila Camacho, Secretario de la Defensa Nacional publicó una ponencia, aprobada por el Ejecutivo, en donde definía la actuación de las Fuerzas Armadas en el instituto político. A diferencia de lo establecido en la “Convocatoria” a la III Asamblea, en donde se nombrarían delegados del sector militar por corporaciones, en la ponencia se aclaró que los militares participarían en el partido en su calidad de ciudadanos, con lo cual se cumplió la decisión presidencial de la incorporación del ejército y se tranquilizó a quienes al interior del mismo se resistieron al proyecto.”⁵²⁰

El Presidente de la República General Manuel Ávila Camacho excluyó al sector militar del partido oficial. En su primer informe de gobierno manifestó que el partidismo electoral y la política son incompatibles con los altos deberes del Ejército y Armada. La parte conducente de este mensaje político es la siguiente: “Una de las primeras medidas que tomó el Ejecutivo de mi cargo, al iniciar su gestión, fue ordenar el retiro de los miembros del Ejército y la Armada de los

⁵²⁰ Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México. **DEL PARTIDO DE GRUPO AL PARTIDO DE MASAS LA TRANSFORMACIÓN DEL PNR AL PRM**, en <http://www.inehrm.gob.mx>

organismos de acción política a que pertenecían, sin que ello significara menoscabo de los derechos que como ciudadanos individualmente tienen. La mente de la disposición a que aludo fue dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que vedan a la milicia el ejercicio de actividades políticas, puesto que la erigen en sostén de las instituciones y en salvaguarda de una democracia garantizada por la ley y apoyada en el Ejército de la nación. Son evidentemente incompatibles el partidismo electoral y la pasión política, con los altos deberes del Ejército y la Armada, cuyo adelanto me enorgullezco en reconocer, como militar y como Jefe del Estado.”⁵²¹

En la práctica son los generales o almirantes que pasan a situación de retiro o próximos a esta, a quienes se les permite ocupar cargos de elección popular. Específicamente como diputados federales o senadores, siempre por la vía de la representación proporcional, sin necesidad de participar o conducir una campaña política propia. En algunos casos también han tenido la oportunidad de desempeñarse como gobernadores de un estado. De hecho el sector militar sigue teniendo una participación corporativa en la política que opera más como un control de conveniencia y no como vindicación directa de los derechos político electorales de los militares como individuos. En efecto, se premia a quienes después de una larga carrera militar siempre fueron leales y disciplinados a los grupos de poder que determinan candidaturas políticas con viabilidad de lograrse.

4. Limitación a los Derechos Laborales

Toda persona tiene derecho al trabajo; a la libre elección del mismo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure bienestar a su familia; al descanso y al disfrute del tiempo libre. En opinión de Vargas Morgado, “los anteriores principios jurídicos humanos mínimos no son cabales en la regulación del vínculo que une a los miembros de las Fuerzas Armadas y el Estado.”⁵²²

⁵²¹ Primer Informe de Gobierno del presidente Manuel Ávila Camacho, 1 de septiembre de 1941.
http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1941_244/Primer_Informe_de_Gobierno_del_presidente_Manuel_A_1243.shtml

⁵²² Cfr. VARGAS Morgado, Jorge. “La Relación Jurídica de los Miembros de las Fuerzas Armadas con el Estado.” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional

La relación de los militares con el Estado no es propiamente de naturaleza laboral sino administrativa. Los militares están sujetos a leyes especiales como lo establece el artículo 123 Apartado B fracción XIII de la Constitución General de la República.⁵²³ Este dispositivo constitucional estableció un régimen especial para los militares. La relación Estado-empleado fue, en principio de naturaleza administrativa, pero en derecho positivo mexicano, en beneficio y protección de los empleados públicos, ha transformado la naturaleza de dicha relación equiparándola a una de carácter laboral y ha considerado al Estado como un patrón sui generis. Sin embargo, de dicho tratamiento general se encuentran excluidos cuatro grupos: los militares, los marinos, los cuerpos de seguridad pública y el personal del servicio exterior. Para ellos la relación sigue siendo de orden administrativo y, el Estado, autoridad. Se trata de un régimen especial de exclusión porque de manera expresa la Constitución dispuso que los militares se rijan por “sus propias leyes”. El establecimiento de dicho régimen se justifica para cumplir con el objeto de los sistemas de carrera de las instituciones armadas de seguridad nacional. Deben contar con los mecanismos necesarios para remover libremente a aquellos servidores públicos que no cumplan con los requisitos de permanencia en el cargo que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen. En ningún caso, procederá la reinstalación o restitución de la plaza, cargo o comisión, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa utilizado para combatir el

Autónoma de México. [http:// biblio. juridicas.unam.mx/ libros/7/3005/13.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3005/13.pdf) consultada el 10 de junio del 2015.

⁵²³ **Artículo 123 CPEUM.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

acto. El Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho.

En efecto, aun y cuando un integrante de las Fuerzas Armadas interponga un medio de defensa en contra de su remoción, cese o separación, y lograra obtener una sentencia favorable, ya sea por vicios en el procedimiento que culminó con su baja o por cuestiones de fondo, el Estado no concederá la reinstalación, sino solamente un resarcimiento mediante indemnización. En otras palabras, aunque la baja ordenada sea injustificada, injusta, ilegal o violatoria de Derechos Humanos, jamás se reinstalará al militar afectado, únicamente se le cubrirá la indemnización correspondiente.

La razón que justifica este régimen especial consiste en que los militares son servidores públicos fundamentales para la seguridad nacional y se requiere que su desempeño se apegue en todo momento a los principios de profesionalismo, ética y eficiencia que rigen al instituto armado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado diversos criterios que tuvieron como finalidad desentrañar el sentido y alcance del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución General. La jurisprudencia emitida por el pleno sostiene que los militares, marinos, cuerpos de seguridad pública y personal del servicio exterior tienen con el Estado una relación que es de naturaleza administrativa y debe regirse “por las normas también administrativas de la ley y reglamentos que les correspondan.”⁵²⁴

La relación de naturaleza administrativa y no laboral⁵²⁵ que ha sido determinada por la Suprema Corte le ha llevado a sostener que los militares, pertenecientes al Ejército, Fuerza Aérea y Armada, carecen de protección

⁵²⁴ Cfr. Jurisprudencia con registro 200322, visible en la página 43, del Tomo II, septiembre de 1995, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

⁵²⁵ MILITARES. LA RELACION DEL SERVICIO ES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA.- Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo en Revisión 170/94. José Luis López Jamaica. 11 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretaria: Angélica Torres García. Tribunales Colegiados de Circuito.- Época: Octava Época.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Parte: XV-II Febrero.- Tesis: IV.3º.187 L.-Página: 407

constitucional en cuanto a la estabilidad en el empleo e inmutabilidad de toda condición de ingreso o permanencia en el cargo.⁵²⁶ El sentido de este criterio jurisprudencial establece que los militares son empleados públicos nombrados mediante actos condición, que por virtud del artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución fueron excluidos de los derechos laborales de los trabajadores del Estado. Pero particularmente carecen del derecho a la estabilidad en el empleo y de la inmutabilidad de toda condición de ingreso o permanencia en el cargo. Según los criterios de la Suprema Corte, este criterio de interpretación constitucional se adoptó en congruencia con los principios del derecho internacional en la materia. Particularmente en los artículos 9, punto 1, del Convenio 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, aprobado el 17 de junio de 1948; y 1, puntos 2 y 3, del Convenio 151 sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública aprobado el 27 de junio de 1978, ambos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En estos se recomendó la no inclusión como trabajadores estatales de militares, marinos y cuerpos de seguridad pública en los derechos laborales, como también se les excluyó de los derechos de estabilidad por las características peculiares de sus servicios públicos cuyo objeto es el establecimiento del orden, la estabilidad y defensa de la nación, o para su imagen interna, cuyo control requiere de una rígida disciplina jerárquica de carácter administrativo, una constante vigilancia y una movilidad de los cargos y servidores públicos en razón de las necesidades que se susciten para el Estado y que representa una medida de orden constitucional.⁵²⁷

En conclusión se ha establecido que la relación jurídica entre el Estado y un militar profesional, en activo o en situación de retiro, no es de trabajo, ni siquiera la que corresponde a un empleado de confianza por lo cual no pueden reclamar la posible afectación a derechos de estabilidad laboral ni la inmutabilidad de las condiciones de subsistencia de su nombramiento o destino en el despliegue nacional.

⁵²⁶ Cfr. Primera Sala SCJN jurisprudencia con registro 163054, página 372, del Tomo XXXIII, enero 2011, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

⁵²⁷ Cfr. Jurisprudencia del Tribunal en Pleno P./J. 24/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, septiembre de 1995, página 43.

Ahora bien, el precepto constitucional que se analiza no establece los conceptos que debe comprender dicha indemnización ni precisa lo que debe entenderse por las “demás prestaciones” a que tenga derecho el afectado por el cese injustificado. No obstante, para determinar tales cuestiones no puede válidamente aplicarse, ni aun supletoriamente, la Ley Federal del Trabajo. Se afirma lo anterior porque si, como se vio, la relación que se actualiza entre el Estado y los militares es de naturaleza administrativa, entonces la determinación de tales conceptos debe establecerse a partir de la propia Constitución y, en su caso, con lo dispuesto en las leyes administrativas correspondientes. En efecto, la Ley Federal del Trabajo regula exclusivamente las relaciones de trabajo que se dan entre personas de derecho privado. En este sentido, no resulta aplicable a las relaciones de naturaleza administrativa que, conforme a la propia Constitución General, deben regirse por “leyes especiales”. Sostener lo contrario implicaría conferir a dicha ley alcances que están fuera de su ámbito material de validez, lo cual resulta jurídicamente inaceptable pues supondría extender su aplicación a hipótesis que el legislador no quiso regular con ella.⁵²⁸

Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos existen dos convenciones internacionales que se refieren al derecho de asociación sindical y huelga, en los que se excluye a los militares de tales derechos. De ambas, México es suscriptor. El artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés

⁵²⁸ Cfr. CONTRADICCIÓN DE TESIS 61/2011 suscitada entre Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del centro auxiliar de la segunda región con residencia en el estado de Puebla.

de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. **El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas** y de la policía.”⁵²⁹

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 8.2 dispone: “El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos (libre sindicación y huelga) por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.”⁵³⁰

En el Sistema Americano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 16.3, también atempera los derechos de los militares para asociarse en cuestiones laborales: “Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”⁵³¹

En el contexto apuntado, los militares no pueden constituir ni afiliarse a sindicatos. No pueden propalar ni participar en huelgas. No cuentan con medios de defensa ni tribunales que resuelvan sus conflictos de orden laboral-administrativo por afectación a derechos de estabilidad laboral ni la inmutabilidad de las condiciones de subsistencia de su nombramiento.

⁵²⁹ Cfr. <http://www.derechoshumanos.net> , se pueden consultar las convenciones internacionales indicadas.

⁵³⁰ Idem

⁵³¹ Idem

En otro orden de ideas, la legislación secundaria en materia militar se deberán mantener las ventajas que ofrecen los sistemas de carrera en lo relativo a la selección, ingreso, formación, capacitación, profesionalización, desarrollo, actualización, promoción, reconocimiento y separación de los miembros de los institutos armados. No obstante, se deberá regular lo relativo a la libre remoción de quienes dejen de cumplir con requisitos de permanencia para el servicio.

Los militares no pueden cuestionar su destino laboral. La movilidad de los militares es frecuente y debe realizarse con inmediatez a la orden recibida. Se desplazan por todo el territorio nacional e incluso el extranjero. Si bien les facilitan espacios habitacionales para ellos y sus familias, ello significa un importante sacrificio.

El régimen de vacaciones es más limitado en comparación al de los servidores públicos civiles. El ejercicio del derecho a vacaciones estará sujeto al cumplimiento de los deberes militares, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables.⁵³² El reglamento de vacaciones prevé un período vacacional anual de veinte días hábiles, en uno o dos períodos. Sin embargo para los militares el sábado se considera día hábil lo que reduce su período en comparación a los servidores públicos federales civiles. Aun cuando el mando correspondiente autorice vacaciones, los militares solamente pueden disfrutarlas dentro del territorio nacional. Para hacerlo en el extranjero deberá solicitarlo a la Secretaría de la Defensa Nacional por conducto de su inmediato superior con un mes de anticipación y solamente el Secretario o el Subsecretario lo pueden autorizar discrecionalmente. Los militares en vacaciones, deberán presentarse ante la autoridad militar del lugar donde las disfrute, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su arribo, señalando el domicilio donde se alojará, debiendo informar su salida, autorizándosele presentarse vestido de civil. Deberá mostrar el oficio de vacaciones, a la autoridad militar que se lo requiera. Finalmente las vacaciones podrán ser pospuestas o suspendidas por necesidades del servicio por orden superior.

Sus jornadas laborales son más extendidas que las de los servidores públicos civiles y están determinadas en función de las necesidades del

⁵³² Cfr. Reglamento de Vacaciones para los Miembros del Ejército y Fuerza Aérea, Diario Oficial de la Federación 9 de mayo 2007.

servicio y no conforme a un horario preestablecido. La semana inglesa de cuarenta horas laborales ni se conoce en el medio militar. Los descansos sabatinos o dominicales no son la regla sino la excepción, particularmente para los oficiales, jefes y mandos que conforman el estado mayor general y los de las regiones y zonas militares. Si se concede una franquicia para ausentarse en fines de semana, deben estar permanente y plenamente localizables.

Solamente con permiso previo pueden realizar actividades académicas. En efecto, para matricularse en cualquier programa de formación académica o profesional público o privado, incluso en escuelas o centros de formación militar pertenecientes a sistema castrense, deben contar con permiso expreso de la superioridad. Para impartir cátedras ocurre lo mismo.

La relación administrativo-laboral comienza con la suscripción del “contrato de enganche”. Con su celebración los ciudadanos mexicanos se incorporan al Servicio Militar Voluntario. De esta manera, los mexicanos que decidan prestar sus servicios en las Instituciones Armadas de tierra, mar y aire, en forma voluntaria, firmarán un contrato manifestando su conformidad para permanecer en dichas Fuerzas Armadas por un tiempo determinado.⁵³³ Doctrinalmente se inicia una “relación especial de sujeción” que vincula al militar a la prestación del servicio público de seguridad nacional.

La naturaleza jurídica de este contrato resulta particularmente interesante, toda vez que provoca varias interrogantes. Un contrato es un acuerdo de voluntades donde las partes pactan diversas prestaciones de manera sinalagmática. En este caso las condiciones del contrato las impone una de las partes y la otra se adhiere. No tiene posibilidad de negociar los términos del acuerdo. En efecto, el contrato de enganche se presenta ante el aspirante a causar alta en las Fuerzas Armadas como un contrato de adhesión. Se acepta en su totalidad por quien desea ingresar al instituto armado.

⁵³³ Cfr. Artículo 6 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. Idéntica disposición existe en la Ley Orgánica de la Armada de México.

Ahora bien ¿es posible estipular en un contrato la atemperación de los Derechos Humanos de un ciudadano? De acuerdo al artículo primero constitucional en México, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los que sea parte, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse**, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece. La respuesta a la cuestión planteada debe responderse en sentido negativo. En efecto, para afectar, restringir, limitar o atemperar los derechos fundamentales, de toda necesidad se requiere de sustento constitucional expreso. No basta que el contrato de enganche se apoye en las leyes orgánicas del Ejército, Fuerza Aérea y de la Armada de México respectivamente. En consecuencia consideramos que el contrato de enganche y su sustento legal son de dudosa constitucionalidad. En efecto, el artículo 123 apartado B fracción XIII comentado, no mencionada nada al respecto.

A mayor abundamiento queda prohibido todo acto que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. El contrato de enganche limita las libertades de los ciudadanos que voluntariamente adquieren la calidad de militares. Luego entonces dicho contrato es inconstitucional.

Entonces el contrato de enganche no es contrato, toda vez que una de las partes, el aspirante a causar alta, no puede modificar su clausulado. Únicamente puede aceptar en su totalidad su contenido. Es indispensable, imperioso, es más, urgente, redefinir la naturaleza jurídica del acto jurídico mediante el cual se causa alta en las Fuerzas Armadas. Se debe partir de la regulación constitucional de las Fuerzas Armadas. Con independencia de su configuración corporativa e institucional, es necesario contemplar la condición jurídica de los ciudadanos, individualmente considerados, que causan alta en las Fuerzas Armadas. Se debe adicionar el texto constitucional para darle sustento a las relaciones especiales de sujeción mediante las cuales se incorporan los ciudadanos individualmente considerados al instituto armado. Se trata de un acto de naturaleza constitucional, con matices administrativos y laborales.

Su naturaleza constitucional deviene de las siguientes consideraciones. Hemos sostenido la necesidad de limitar los derechos constitucionales de los militares individualmente considerados a efecto de que las instituciones militares donde estén encuadrados, puedan operar conforme a su especial naturaleza. En efecto, como corporaciones del

estado, por naturaleza y esencia los institutos armados deben ser disciplinados, leales, obedientes, no deliberantes y apolíticos. Sus integrantes quedan sujetos a una serie de disposiciones legales y reglamentarias que limitan el ejercicio de sus derechos fundamentales de forma plena y en igualdad respecto de los servidores públicos civiles. En consecuencia al causar alta los aspirantes a militares deben manifestar voluntariamente su adhesión al Ejército, Fuerza Aérea o Armada, ya sea en sus unidades regulares o bien en las escuelas de formación castrense de clases y oficiales. Para ello debe existir una disposición expresa a nivel constitucional donde se prevea esta circunstancia y se señale tanto la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los militares como los Derechos Humanos que se restrinjan de manera expresa y mencionando específicamente los alcances de dichas atemperaciones y la manera de recobrar plenamente el goce y disfrute de ellos. Actualmente la Constitución carece de un apartado de esta naturaleza. Es indispensable que ello se subsane. En el cuerpo de este ensayo haremos una propuesta al respecto.

Continuando con el análisis de las relaciones especiales de sujeción, sostenemos que su naturaleza constitucional deviene de la necesaria limitación de los derechos fundamentales de los militares. Pero ello se complementa con los matices administrativos y laborales que además inciden en la determinación de la naturaleza jurídica. Estos matices se refieren por cuanto hace a lo administrativo, a la normatividad de orden público, de interés general y de naturaleza irrenunciable que regula la vida castrense integralmente. El matiz laboral deviene de la esencia de las relaciones entre los militares y el Estado por la prestación de un servicio subordinado y remunerado.

En opinión del doctor León Magno Meléndez George, “los derechos laborales de la milicia poseen carácter administrativo y no existe un cuerpo legal donde se reúnan todos sus derechos y obligaciones como trabajadores, ya que se encuentran diseminados en varias leyes y reglamentos militares.”⁵³⁴

⁵³⁴ El autor citado se refiere Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Nacionales; Ley para la Comprobación, Ajuste y Cómputo de Servicios en el Ejército, Fuerza Aérea y Armada; Ley de retiros y pensiones militares; Reglamento General de Deberes Militares; Reglamento de Vacaciones para los miembros del Ejército y Armada Nacionales.

A ellos hay que sumarle la carencia de un tribunal encargado de dirimir los conflictos laborales.”⁵³⁵

Por mi parte añadiría otra atemperación a los derechos fundamentales de los militares en esta materia. Se refiere a la carga de la prueba cuando surgen controversias laborales. La regla es en el sentido de que la carga de la prueba corresponde al patrón, en cuestiones militares al Estado. Sin embargo este principio se invierte en cuestiones laborales militares. Las hojas de servicios constituyen un documento probatorio del desarrollo laboral de los militares. Es el instrumento idóneo para acreditar los requisitos para ascender en la escala de mando del instituto armado y acceder a las prestaciones y recompensas que establecen los ordenamientos militares. En ellas consta su historia militar, biografía, empleos y fechas en que los obtuvo, corporaciones en que ha servido, grados de estudio, calificaciones, campañas y acciones de armas, cargos y comisiones, hechos meritorios, permisos y recompensas, castigos disciplinarios y sanciones penales, licencias disfrutadas y en suma todo aquello que se refiera al plan de vida de los militares en activo. La naturaleza jurídica de hoja de servicios, corresponde a un instrumento público que tiene fuerza probatoria plena. Su elaboración, actualización y custodia corresponde a la Sección Primera de los Estados Mayores de los Cuarteles Generales.⁵³⁶ De suyo no es un documento que se encuentre a disposición del personal militar en lo individual. Sin embargo al momento en que surge un conflicto de orden administrativo laboral, el afectado se encuentra en desventaja probatoria respecto de la institución castrense.

Los rigores del servicio militar exigen que el personal se encuentre en óptimas condiciones físicas y mentales. Cuando se alteran las condiciones antropométricas y de morbilidad de los militares se actualiza una causa de baja o retiro forzoso. Se trata de una rescisión unilateral de la relación especial de sujeción con base en la Ley del Instituto de Seguridad Social

⁵³⁵ MELÉNDEZ GEORGE, León Magno Dr. “La Necesaria Creación de un Tribunal Laboral para las Fuerzas Armadas Mexicanas.” En <http://aijdtssgc.org/2007/11/07/la-necesaria-creacion-de-un-tribunal-laboral-para-las-fuerzas-armadas-mexicanas>, consultado el 10 de junio del 2015.

⁵³⁶ Cfr. Artículos 17 al 21 del REGLAMENTO GENERAL DE MANDOS TERRITORIALES, GUARNICIONES MILITARES Y SERVICIO MILITAR DE PLAZA, Diario Oficial de la Federación 22 de abril del 2013.

para las Fuerzas Armadas Mexicanas.⁵³⁷ Esta separación justificada para los militares no procedería en igualdad de circunstancias para los servidores públicos civiles. En efecto, quienes padezcan enfermedades como inmunodeficiencia humana (VIH), tuberculosos pulmonar, diabetes mellitus, cisticercosis cerebral u obesidad, no serían separados del servicio público civil. Pero para el caso de los militares, en términos del artículo 226 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas esas enfermedades provocan el retiro por incapacidad para el servicio militar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la separación del servicio activo de los militares con VIH es inconstitucional.⁵³⁸ Sin embargo en la misma ejecutoria ha establecido que la única causa que justifica la baja del activo de las Fuerzas Armadas y el alta en situación de retiro por motivos de salud, es la inutilidad, entendida como la no aptitud física o mental para el servicio de las armas, y no la sola existencia de un padecimiento o enfermedad, como pueden ser, entre otros, el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Se reitera en consecuencia el criterio de que las causas de inutilidad para el servicio militar son más amplias y rigorista que respecto al servicio civil. Luego entonces, existe una atemperación respecto a los Derechos Humanos de los Militares.

5. Limitación a los Derechos Jurisdiccionales

A todo mexicano se le tutela el acceso universal a la justicia en términos de igualdad y respeto a los Derechos Humanos. En ese sentido los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución General de la República. Para los militares la Constitución configura un régimen de excepción. El artículo 13 constitucional dispone la subsistencia de un régimen jurisdiccional especializado y restringido para los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁵³⁷ Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, Diario Oficial de la Federación 9 julio del 2013.

⁵³⁸ El Pleno de este Alto Tribunal al declarar la inconstitucionalidad del artículo [226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas](#), por ser contrario a las garantías de igualdad y de no discriminación. Tesis de jurisprudencia 197/2007, aprobada por la Segunda Sala SCJN, en sesión del diez de octubre de dos mil siete.

Contrariamente a lo sostenido por la opinión pública,⁵³⁹ este fuero restrictivo lejos de favorecerles o de propiciar impunidad, impone mayores rigores al juzgamiento penal militar y al régimen disciplinario administrativo.

Es difícil compatibilizar dos instituciones que tienen objetivos diametralmente diferentes, las Fuerzas Armadas y la función jurisdiccional. Las primeras, son una organización sometida a estándares, muy estrictos, de disciplina y obediencia jerárquica, mientras que la actividad jurisdiccional se caracteriza por la independencia e imparcialidad, al margen de cualquier criterio jerárquico. La unión de ambas, resulta particularmente difícil, si se le quiere sustentar en principios constitucionalmente válidos, ya que los que informan la función jurisdiccional, de ningún modo pueden estar ausentes en la jurisdicción militar.

La evolución de la jurisdicción militar, se manifiesta en el esfuerzo del legislador constitucional, de impedir que sea un instrumento de la clase gobernante para reprimir al pueblo. En efecto, regímenes autoritarios han utilizado a la justicia castrense, como fuero privilegiado para los militares, a la par de un elemento de represión penal y política frente a la sociedad civil. El ámbito de su aplicación se ha restringido cada vez más, para limitarlo a cuestiones estrictamente vinculadas con la disciplina militar. También se manifiesta en dotarlo de independencia y autonomía respecto del poder ejecutivo. En efecto, al ser el titular de dicho poder quien dispone de las Fuerzas Armadas, incluso es considerado como su comandante supremo, la experiencia ha constatado el ejercicio de una justicia militar de mando, aplicada a los integrantes del instituto armado, con afectación de los derechos humanos que les asisten en cuanto a la imparcialidad y objetividad de todo proceso judicial.

La función de los tribunales de decir el derecho y con ello resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, no lo es todo en la jurisdicción militar. En este caso se deben preservar los valores que sostienen la eficiencia y confiabilidad del instituto armado. La jurisdicción militar no se agota en la resolución de los conflictos jurídicos que se le

⁵³⁹ Cfr. Periódico Excelsior. ROBLES DE LA ROSA Leticia. “El fuero ¿garantía, privilegio o impunidad?”, es una de las figuras jurídicas que mayor confusión causan entre los mexicanos; los casos de abuso han propiciado el debate sobre su pertinencia. Publicado el 12 de septiembre del 2012, www.excelsior.com.mx

plantean. Debe ser un instrumento para mantener la disciplina, la moral y el espíritu de cuerpo en las Fuerzas Armadas. Ejemplificando este aspecto, supongamos un caso en el que un comandante de una unidad militar se enfrenta a la insubordinación de uno de sus integrantes en una misión donde se encuentra en peligro la vida de civiles y la seguridad e integridad del grupo armado. La disciplina, el entrenamiento y el trabajo en equipo, son las ventajas de las Fuerzas Armadas frente a sus enemigos. Cuando uno de sus miembros se insubordina, pone en riesgo al resto de sus compañeros e incluso compromete el éxito de la misión. El comandante, usa la fuerza de las armas para someter al desobediente, lo lesiona y finalmente lo obliga a cumplir con su deber. Por ello, es sometido a proceso penal ante la jurisdicción militar por la probable comisión del delito de Abuso de Autoridad.⁵⁴⁰ Los integrantes del tribunal que lo juzgue, por tener la calidad de militares y conocer las exigencias del servicio de las armas, deberán tomar en consideración estos aspectos, que en la vida civil, difícilmente se presentan. Además de juzgar, deben mantener la moral de la unidad militar a la que pertenezcan quienes se vieron involucrados en los hechos y finalmente con su determinación judicial, deben preservar la disciplina y el honor, como valores militares supremos. Casos similares hacen diferente a la jurisdicción militar.

Por otra parte a la sociedad civil le interesa también que las Fuerzas Armadas cumplan con eficiencia y eficacia las misiones que constitucionalmente le corresponden. La justicia militar debe ser un instrumento para garantizar lo anterior. Además, no debe ser percibida como privilegio o mecanismo de impunidad, por aquélla.

En la actualidad, particularmente en la región latinoamericana, el tema de la justicia militar se encuentra indefectiblemente ligado a la tutela de los derechos humanos. En opinión de Diego García-Sayán, ex Presidente de la Corte Interamericana de derechos Humanos, “el tema de la jurisdicción militar en su relación con los derechos humanos es complejo y ha suscitado toda suerte de prácticas y enfoques en la historia de las repúblicas latinoamericanas. Acaso la complejidad mayor del tema estriba no tanto en la conceptualización jurídica contemporánea sino en algunos

⁵⁴⁰ El delito castrense de Abuso de Autoridad está previsto y sancionado por el artículo 293 del Código de Justicia Militar.- Comete el delito de abuso de autoridad, el militar que trate a un inferior de un modo contrario a las prescripciones legales.

componentes que han atravesado la compleja realidad social e institucional de nuestros países a lo largo de nuestra historia. Que periódicamente ha puesto sobre el tapete agendas políticas en las que ocupa -o se espera que ocupe- un espacio relevante la institucionalidad militar. Por cierto que la expresión más visible y cruda han sido los distintos momentos del militarismo, expresado en poder político y control de las instituciones públicas. Sea a través de dictaduras militares duras y puras, hasta formas más veladas de sujeción de la institucionalidad al aparato militar. Esta historia, sin embargo, ha ido quedando gradualmente superada. Esta complejidad, en efecto, se ha ido diluyendo en el plano jurídico a la luz de clarificaciones conceptuales llevadas a cabo en distintos espacios de los países de la región. En efecto, el desarrollo del derecho, en general, y del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, ha ido decantando conceptos fundamentales de manera muy clara y consistente. Ello ha permitido que en el espacio jurisdiccional interamericano se hayan ido precisando progresivamente conceptos esenciales en materia de independencia e imparcialidad y del juez competente que tienen relación directa con en el tema específico de la jurisdicción militar, esencialmente, en cuanto al procesamiento de militares por dicho espacio jurisdiccional en casos de violaciones a los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, en esa perspectiva, un factor contributivo relevante.⁵⁴¹

La justicia militar no es un asunto de discusión jurídico-constitucional sino más bien en un punto de tensión política que se decide por variables de poder, interés e influencia⁵⁴² “Es importante aclarar que nosotros hacemos alusión a la materia que nos ocupa, es decir, la justicia militar en estos términos o bien con la denominación de jurisdicción militar. Aun cuando es necesario señalar que, a nuestro juicio, no es posible hablar de una jurisdicción militar sin más, en tanto que ello supondría la existencia de otra jurisdicción además de la ordinaria, la misma que como todos sabemos es una y lo que en realidad vienen a ser los tribunales militares son

⁵⁴¹ GARCÍA-SAYÁN, Diego, Prólogo a “Jurisdicción Militar y Derechos Humanos”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Silva García, Fernando; editorial Porrúa, México 2011, págs. XIX y XX.

⁵⁴² RESDAL, p. 35

instancias judiciales creadas a partir de una especialización en razón de la materia.”⁵⁴³

Otro cuestionamiento es el que recae sobre la denominación “justicia militar”. El valor justicia inspira de por sí el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, aludir a una justicia civil, penal, laboral o militar, por citar algunos ejemplos, puede conllevar a la equívoca idea de encontrarnos ante diferentes tipos de justicia en virtud de la materia sobre la que verse un determinado proceso.

En conclusión, al quedar los militares sujetos a una jurisdicción especializada y restrictiva de toda necesidad se atemperan sus Derechos Humanos.

6. Limitación a la Libertad de Opinión, Reunión, Tránsito y Residencia

Las actividades militares, por razón y lógica natural, deben realizarse en condiciones de confidencialidad, eficiencia y eficacia. Debe mantenerse el sigilo en la planeación de operaciones y en su conducción. El servicio público de la seguridad y defensa nacionales debe quedar al margen de cualquier filtración de información e incluso del escrutinio social.

Para colmar estas exigencias, las ordenanzas militares atemperan los derechos personales de los miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada. A los militares no les es permitido expresar libremente sus ideas ni opiniones en torno a las operaciones y actividades bajo su responsabilidad. Deben mantener el secreto al respecto. Ello es así porque las Fuerzas Armadas son una institución basada en la obediencia y en la disciplina, pero no pueden convertirse en cuerpos deliberantes.

En el mismo orden de ideas, la operatividad castrense impone además restricciones a las libertades de reunión, tránsito y residencia de los militares. Finalmente como profesionales del patriotismo, a los militares se les prohíbe tener doble nacionalidad.

⁵⁴³ DONAYRE MONTESINOS, Christian. “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista001/militar.htm>

Cuestiones que a los servidores públicos no se les cuestiona, para los militares tienen una importancia total en el desempeño de sus funciones, toda vez que se encuentran constreñidos por deberes disciplinarios de mayor exigencia. El Reglamento General de Deberes Militares define al deber como “el conjunto de las obligaciones que a un militar impone su situación dentro del Ejército. La subordinación, la obediencia, el valor, la audacia, la lealtad, el desinterés, la abnegación, son diversos aspectos bajo los cuales se presenta de ordinario. El cumplimiento del deber es a menudo áspero y difícil, y no pocas veces exige penosos sacrificios; pero es el único camino asequible para el militar que tiene conciencia de su dignidad y de la importancia de la misión que la patria le ha conferido. Cumplirlo con tibieza, por fórmula, es cosa que pugna con el verdadero espíritu de la profesión. El militar debe encontrar en su propio honor, el estímulo necesario para cumplirlo con exceso. La disciplina es la norma a que lo militares deben sujetar su conducta; tiene como bases la obediencia, y un alto concepto de honor, de la justicia y de la moral, y por objeto, el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las Leyes y Reglamentos Militares. El servicio de las armas exige que el militar lleve el cumplimiento del deber hasta el sacrificio, y que anteponga al interés personal, la soberanía de la nación, la lealtad a las instituciones y el honor del ejército.”⁵⁴⁴

El Reglamento General de Deberes Militares fue expedido por el Presidente Lázaro Cárdenas en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 89 fracción I de la Constitución. En esta normativa, se establecen restricciones a los Derechos Humanos de los militares. El segundo párrafo del artículo 36 dispone que “los miembros del Ejército tienen todas las obligaciones, prerrogativas y derechos que las leyes prescriben para los ciudadanos; de manera que el ejercicio de estos últimos no tendrá más limitaciones que las mismas leyes señalen o cuando se afecte la subordinación y disciplina o tienda a contrariar las órdenes del servicio, sea en tiempo de paz o en campaña.” Sin duda, las limitaciones están justificadas por la naturaleza de sus funciones, sin embargo cabe cuestionar: ¿Se pueden atemperar derechos fundamentales mediante normas reglamentarias expedidas por el titular del ejecutivo federal? O bien, de toda necesidad dicha limitante deberán tener configuración y rango

⁵⁴⁴ Cfr. Reglamento General de Deberes Militares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1937.

constitucional. Evidentemente esta última es la respuesta correcta. Las limitaciones a los derechos fundamentales siempre deben estar previstas por la Constitución.

El espíritu del reglamento que se analiza, más allá de cuestiones jurídicas, busca crear en el personal militar un espíritu de cuerpo, un sentido de pertenencia, orgullo y lealtad hacia el instituto armado. El encuadramiento castrense exige una vida dedicada al cumplimiento del deber. Por ello trasciende este aspecto metajurídico del marco normativo que regula a los institutos armados. El comportamiento moral dentro y fuera de las instalaciones militares, inclusive la vestimenta y el aliño personal forman parte del esquema de encuadramiento castrense.

El principio de quien sabe obedecer aprehende a mandar, es la base de la disciplina castrense. “Las órdenes deben ser cumplidas con exactitud e inteligencia, sin demoras ni murmuraciones; el que las recibe, sólo podrá pedir le sean aclaradas, cuando le parezcan confusas, o que se le den por escrito cuando por su índole así lo ameriten. Se **abstendrá de emitir cualquier opinión**, salvo el caso de hacer aclaraciones respetuosas. Para no entorpecer la iniciativa del inferior, las órdenes sólo expresarán, generalmente, el objeto por alcanzar, sin entrar en detalles de ejecución.”⁵⁴⁵ Las órdenes se cumplen no se discuten; es la esencia de este principio. El derecho fundamental a expresar y difundir libremente la propia opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen está restringido a los militares. Es más la sola murmuración⁵⁴⁶ al recibirlas es motivo de sanciones disciplinarias como el arresto. En efecto, se prohíbe a los militares, toda “conversación que manifieste tibieza en el servicio o desagrado por la fatiga que exige su obligación.” Se les impone la “obligación de aceptar dignamente y con satisfacción las obligaciones que les imponga su servicio, prestando, siempre que les sea posible, su ayuda moral y material a sus inferiores y compañeros que la necesiten, pues no deben olvidar nunca que la solidaridad y ayuda mutua, facilitan la vida en común y el cumplimiento de los deberes militares, constituyendo el espíritu de cuerpo, sentimiento de las colectividades que todos los militares tienen el deber de fomentar.”⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Artículo 3 del Reglamento General de Deberes Militares.

⁵⁴⁶ Gestos, muestras de desagrado, expresiones por lo bajo, risas aun las contenidas son consideradas dentro del concepto de murmuraciones.

Por ningún motivo manifestarán en sus conversaciones, aun las de orden privado, molestia o repugnancia en obedecer las órdenes superiores; no deberán censurarlas ni permitir que sus inferiores lo hagan.

El uniforme para los militares no solamente es un distintivo de honor y pertenencia. También refleja el estado que guarda la carrera militar de quien lo porta. A simple vista se puede distinguir el nombre, grado, arma, servicio, antigüedad, adscripción, formación académica, méritos obtenidos. Los militares, de las armas y de los servicios, deben portarlo obligatoriamente, acatando minuciosamente el Reglamento de Uniformes y Divisas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos⁵⁴⁸, así como el Manual correspondiente.⁵⁴⁹ Asimismo se impone la misma obligación a los militares comisionados en el extranjero, internos en prisiones militares, encamados en escalones sanitarios o en situación de retiro. El aliño personal también debe ser observado escrupulosamente. Aseo personal, corte de cabello y peinados en hombres y mujeres se encuentran normados. Estos condicionamientos imponen restricciones para el desempeño militar que no son exigidos a los servidores públicos civiles.

Se les restringen inclusive sus aficiones personales, culturales o deportivas. No podrán tomar parte en espectáculos públicos, salvo los deportivos y culturales y con la autorización del jefe de quien dependan.

Hasta los aspectos morales, las buenas costumbres y el comportamiento fuera de las instalaciones laborales se encuentran regulados. A diferencia de los servidores públicos civiles, quienes en su tiempo libre pueden conducirse según su pleno arbitrio, a los militares no se les permite entrar en cantinas, garitos, ni sitios de prostitución; no se exhibirán públicamente en unión de prostitutas, ni aun vistiendo como civiles. Jamás se sentarán en el suelo, y en todas las ocasiones de su vida, hasta en los actos más familiares, procurarán no cometer acción alguna que

⁵⁴⁷ Cfr. Artículos 11 y 12 del Reglamento General de Deberes Militares.

⁵⁴⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de noviembre del 2004.

⁵⁴⁹ Cfr. Manual Gráfico para el Uso de Uniformes, Divisas y Equipo del Ejército y Fuerza Aérea. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n377.pdf>, consultado el 8 de junio del 2015.

pueda traducirse en desprestigio para las Fuerzas Armadas, en desdoro de su corporación o que cause menosprecio a su persona.⁵⁵⁰

La libertad de opinión y de creación también están atemperadas. No obstante que los militares tienen el derecho de expresar sus ideas en libros y artículos de prensa, no lo pueden hacer en asuntos políticos ni religiosos o en aquellos que afecten a la moral y a la disciplina castrense.⁵⁵¹ Sin embargo para hacerlo deben contar con permiso previo y expreso del mando. Tampoco pueden ser entrevistados ni participar en programas de radio o televisión. Esta limitante también se extiende al Tuitter, Facebook o cualquier medio de comunicación. Estos medios solamente deben constreñirse a aspectos meramente personales.

Si bien es cierto que los militares pueden profesar libremente la religión de su preferencia, también lo es que no pueden participar uniformados en actos propios de su credo.⁵⁵²

El derecho de la convencionalidad permite la atemperación de los Derechos Humanos de los militares comentados en los epígrafes anteriores. El artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la Libertad de Asociación dispone:

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden

⁵⁵⁰ Cfr. Artículos 20, 21 y 23 del Reglamento General de Deberes Militares.

⁵⁵¹ Cfr. Artículo 31 del Reglamento General de Deberes Militares.

⁵⁵² Ibid.

públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

El artículo 9 primer párrafo in fine de la Constitución mexicana⁵⁵³, prohíbe a los cuerpos militares debatir sobre cuestiones políticas o incluso pronunciarse a favor de alguna postura de esta naturaleza. Ello es congruente con el aspecto corporativo de las Fuerzas Armadas.

7. Limitación en cuanto a la doble nacionalidad

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de marzo de 1997, se declararon reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución mexicana. A partir de entonces se podía adquirir una nacionalidad diversa, sin perder la mexicana. El artículo 32 constitucional reconoce que los mexicanos podrán poseer otra nacionalidad. Una ley secundaria establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

Para el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, por disposición expresa de la Constitución, se requiere ser mexicano por nacimiento. En efecto, las funciones militares se reservan a quienes tengan la calidad de mexicanos y no adquieran otra nacionalidad. El tercer párrafo del artículo que se comenta establece: “En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.”

⁵⁵³ Artículo 9o. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. **Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.**

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, dispone que el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos están integrados por mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad y que prestan sus servicios en las instituciones armadas de tierra y aire, sujetos a las leyes y reglamentos militares.

Asimismo los alumnos en los establecimientos de educación militar, deberán ser mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad. Puede haber extranjeros quienes tendrán la calidad de becarios, que serán admitidos con el único fin de realizar estudios y a su término causarán baja.⁵⁵⁴

Disposiciones similares tiene la Ley Orgánica de la Armada de México. El artículo 47 dispone que para ingresar a la Armada de México se requiere ser mexicano por nacimiento y no contar con otra nacionalidad. Asimismo se considera como causal de separación definitiva del servicio activo y procederá la baja cuando se adquiera otra nacionalidad.⁵⁵⁵

El artículo 5 bis de la Ley del Servicio Militar dispone que en tiempo de paz, los mexicanos por nacimiento que adquieran otra nacionalidad, al cumplir con sus obligaciones del servicio de las armas no serán considerados en el activo en los términos de lo dispuesto en esta ley y en las disposiciones reglamentarias.⁵⁵⁶

Esta limitación a los derechos fundamentales de los militares sí cumple con el requisito esencial para la atemperación de estos: cuenta con una configuración constitucional expresa. Lo anterior se justifica además en función de que los integrantes de los institutos armados deben ser profesionales del patriotismo y ello solamente se puede fomentar a partir del amor a la patria, es decir a la tierra de nuestros padres. Si bien es cierto que los mexicanos por nacimiento de primera generación no cumplirían con el

⁵⁵⁴ Cfr. artículo 161 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1986.

⁵⁵⁵ Cfr. Artículo 85 apartado E de la Ley Orgánica de la Armada de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002.

⁵⁵⁶ Cfr. Ley del Servicio Militar publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 1940.

postulado anterior, también lo es que nacer en un país genera fuertes vínculos y arraigo con la cultura y tradiciones.

8. Limitación al Derecho de Petición

Formular peticiones a las autoridades es derecho que se funda en la naturaleza misma del hombre y en los fines de la sociedad. Elevar peticiones es uno de los actos más comunes del ser humano. Responde a la necesidad más elemental de satisfacción de las necesidades personales o de grupo. Se sustenta en la esperanza de solucionar problemas. Por ello se acude a una potestad que tiene la posibilidad de resolverlos. Esta concepción del poder como facultad para otorgar o quitar beneficios, es la que habrá de permear las culturas humanas y será la que permitirá la idealización del derecho de petición como una expresión de quienes no tienen poder frente a quienes lo ejercen.

En principio parecería un derecho cuyo ejercicio es inofensivo. Pero está muy lejos de serlo. A lo largo de la historia, el derecho de petición ha servido para realizar reivindicaciones políticas, económicas o sociales. No es poca cosa autorizar al solicitante para dirigirse a los poderes públicos, solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisfagan el interés del peticionario o los intereses generales que representa. Además con la certeza de obtener una respuesta en un plazo prudencial.

Si el poder público está instituido para beneficio de la sociedad, es claro que sus miembros pueden y deben tener libertad para dirigir a los funcionarios públicos súplicas y quejas. Prohibir este derecho sería despótico y absolutista al no reconocer más derechos que los que por vía de gracia concede el que gobierna.

El artículo 8 constitucional dispone que “los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.”

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario. Lo que consagra el artículo 8 constitucional es un derecho a la respuesta. Para pedir no hay impedimento, pero lo que realmente importa, es más compromete a la autoridad es la respuesta.

El concepto generalmente aceptado para el Derecho de Petición lo define como aquel que tienen los habitantes de nuestro país, sean nacionales o extranjeros, de dirigir peticiones a cualquier órgano o servidor público y obtener una respuesta escrita en un plazo razonable.

El artículo 42 de la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, dispone que “el militar que tenga alguna queja en relación con las disposiciones superiores o las obligaciones que le impone el servicio, podrá acudir ante el superior inmediato para la solución de sus demandas y, en caso de no ser debidamente atendido, podrá llegar por rigurosa escala, hasta el Presidente de la República, si es necesario.”⁵⁵⁷

El Reglamento General de Deberes Militares establece en el artículo 13 que “todo militar hará por los conductos regulares, comenzando por su inmediato superior, las solicitudes que eleve y sólo podrá salvarlos, cuando se trate de asuntos ajenos al servicio o quejas contra algún superior; en este caso, ocurrirá al inmediato superior de quien le haya inferido el agravio o de quien no haya atendido su queja y aún tiene derecho de acudir hasta el Presidente de la República.” El artículo 32 del mismo ordenamiento, señala que “los militares respetarán el ejercicio del derecho de petición de sus inferiores, siempre que estos lo ejerzan en forma comedida y atenta. A toda petición deberá recaer un acuerdo de la persona a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de comunicarlo en breve tiempo al solicitante.”

De la ponderación de estas normas se desprende que el derecho de petición de los militares frente a sus autoridades castrense debe ser de tipo individual. Las peticiones colectivas se encuentran fuera de toda consideración. Además se debe ante todo respetar el principio jerárquico, al no poder salvar los conductos en cuanto a las peticiones planteadas.

En una organización basada en la obediencia y en la disciplina, los temas respecto de los cuales se puede ejercer el derecho de petición es limitado. En efecto, si a los militares se les exige subordinación, obediencia, valor, audacia, lealtad, desinterés y abnegación, deben cumplir con su deber con los recursos humanos y materiales a su alcance.⁵⁵⁸ Las órdenes se

⁵⁵⁷ Cfr. Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de marzo de 1926

⁵⁵⁸ Cfr. el Reglamento General de Deberes Militares, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1937.

cumplen no se discuten y solamente se puede solicitar la aclaración de las mismas. La línea que separa la murmuración y la desobediencia del derecho de petición puede llegar a ser muy delgada.

En cuanto a las prestaciones y derechos que le corresponden al militar, se encuentran reglamentados en las leyes y ordenanzas correspondientes. Toda otra cuestión que incida en la vida castrense y sea motivo de petición, cae dentro del ámbito de la discrecionalidad y está sujeto a las necesidades del servicio.

9. Limitación de derechos humanos para los militares retirados

La carrera militar en el activo concluye de manera regulada al llegar a las edades de retiro obligatorio. La lógica indicaría que a partir de ese momento, cesan las obligaciones y las afectaciones a los derechos constitucionales para quienes fueron militares en el activo. Sin embargo, la situación de retiro no significa la baja del individuo, sino que este pasa a la primera reserva. El militar retirado permanece en las Fuerzas Armadas con todos sus derechos y obligaciones y queda a disposición del mando cuando se requiera de sus servicios. Por ello se podría considerar que los militares se encuentran en el activo de las Fuerzas Armadas hasta su muerte. En efecto, puede ser llamado al servicio activo con el grado anterior, en caso de haber ascendido únicamente para efectos de retiro. Hoy en día este motivo de ascenso fue cancelado, sin duda violentando el principio de progresividad y no regresividad de los Derechos Humanos.

Se considera que el militar retirado pasa al servicio pasivo de las armas, no a jubilación o baja del mismo. Por ello existe una señalada diferencia entre el servidor público militar retirado y el servidor público civil jubilado. Éste último deja de estar sujeto a las leyes administrativas que lo rigieron durante su vida de servicio, motivo por el cual recibe jubilación. En cambio el militar retirado sigue sujeto a todas las leyes militares hasta su muerte.

Consideramos suficientemente demostrado que los derechos fundamentales de los Militares se encuentran afectados por normas secundarias e incluso por reglamentos expedidos por el Presidente de la República. Se encuentran limitados aspectos tales como la libre expresión y difusión de opiniones, la de libertad de reunión, el derecho de petición, los derechos políticos pasivos y activos, los derechos laborales, la libertad de movilidad y de residencia, por mencionar los más importantes.

No podemos soslayar que todas las limitaciones a los derechos constitucionales son incompatibles con su naturaleza propia. En efecto, estos son universales, inalienables, imprescriptibles, interdependientes, progresivos e irreductibles. Luego entonces la limitación legal a los derechos fundamentales es contraria a su esencia y naturaleza.

Ahora bien, la prestación del servicio público de defensa y seguridad nacional es la primera y más importante obligación a cargo del Estado. Si falla en ella, deja de existir como tal o bien se transforma en un Estado fallido, lo que de suyo afectaría los Derechos Humanos de la población en conjunto. Las Fuerzas Armadas son las dependencias responsables de atender la delicada misión de brindar seguridad interior y exterior del país. Por ello se impone a los militares un régimen jurídico exorbitante, cuyas exigencias de toda necesidad significan una limitación a los derechos constitucionales de los individuos que desempeñan el servicio militar voluntario.

La cuestión radica en armonizar la tutela universal de los Derechos Humanos con la necesidad de atemperarlos exclusivamente para el personal militar. Pero también debe considerarse imperativo que sin dichas atemperaciones, se afectaría la operatividad esencial de las Fuerzas Armadas.

La conclusión obligada, es que los militares deben quedar sujetos a un régimen jurídico de excepción, desde el nivel constitucional. No solamente se debe considerar a los institutos armados de tierra, aire y mar como corporaciones, sino también definir la situación jurídica individual de los ciudadanos que sigan la carrera militar. De esta manera la legislación secundaria y aun la reglamentaria tendrían que atender los principios consagrados en la norma suprema.

Será un ejercicio de sincretismo; conciliar dos esquemas jurídicos diferentes. Uno de tutela amplia y universal de los Derechos Humanos con otro restrictivo y limitante de los mismos. De toda necesidad esto requerirá una configuración constitucional precisa y adecuada a las necesidades del Estado mexicano.

La constitución mexicana a diferencia de la española y la alemana, no establece ni en forma dispersa ni concentrada, cuáles son las atemperaciones de los militares en cuanto a sus Derechos Humanos. Es una omisión que

debe corregirse. Pero este tema no está en la agenda de las autoridades civiles ni militares.

En efecto, en el Programa Sectorial de Defensa Nacional 2013-2018, no se contempla acción legislativa o política pública alguna para atender este aspecto⁵⁵⁹. En los últimos cinco años, se ha buscado impulsar una cultura del respeto a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, mediante una plataforma de objetivos estratégicos y líneas de acción para garantizar los derechos humanos, así como el fortalecimiento de las capacidades para ampliar las oportunidades de las mujeres y los hombres de las Fuerzas Armadas. Sin embargo esas acciones se enfocan al exterior de las mismas. Capacitación del personal militar en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, seguimiento al Plan de Trabajo Conjunto que suscribió el Estado mexicano con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México; atención y seguimiento a las quejas y recomendaciones que la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha emitido por violaciones a los Derechos Humanos imputables a personal militar. También la política de reclutamiento se ha realizado con perspectiva de género.

La reforma de fondo que se recomienda consiste en configurar constitucionalmente tanto los aspectos corporativos como individuales del estamento castrense. En el capítulo final de este trabajo presentaré una propuesta.

C. LA JUSTICIA DE MANDO MODELA LA JURISDICCIÓN MILITAR EN MÉXICO

Las cuestiones militares permiten observar con más nitidez las interconexiones profundas que existen entre los aspectos jurídicos y los metajurídicos en numerosas parcelas de la realidad de los Estados. Por ello el tema es apasionante y nos transporta al campo del ejercicio del poder como esencia del derecho. El propósito de este apartado será llevar la polémica doctrinal sobre la naturaleza de las Fuerzas Armadas, al caso particular de México. Lo que trataré de demostrar finalmente es la relación

⁵⁵⁹ Cfr. Programa Sectorial de Defensa Nacional 2013-2018, publicado en el Diario oficial de la Federación el 13 de diciembre del 2013. Pág. 3.

que existe entre el modelo de Fuerzas Armadas adoptado por México y las consecuencias que ello implica en la jurisdicción penal militar.

Sostuve en el capítulo I que la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas determina el modelo de jurisdicción militar.⁵⁶⁰ Particularmente el constituyente mexicano se decantó por el modelo “Divergente o Institucional”.

El efecto práctico se plasma en el derecho positivo de muy diversos modos, pero tiene una especial importancia en orden a establecer el alcance de dos conceptos concretos, como son el de la administración civil en oposición a la militar, por un lado y el del régimen jurídico de los militares, por otro. Las características del modelo que adopte la constitución, determinarán el esquema bajo el cual se organice la jurisdicción militar, tema central de este trabajo.

Mientras que para las tesis institucionalistas, la administración militar y las Fuerzas Armadas son realidades diferentes, aunque complementarias, para las doctrinas administrativistas, ambos conceptos son uno solo, puesto que las Fuerzas Armadas son parte de la administración militar que pertenece a la administración pública federal centralizada. Para efectos mexicanos la cuestión sería, si el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos se encuentran desvinculados de la Secretaría de la Defensa Nacional y si la Armada de México es un ente distinto a la Secretaría de Marina. Para las doctrinas institucionalistas, la respuesta sería afirmativa, pero para la administrativista sería negativa.

Recordemos que a la administración pública centralizada, la regula la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y formando parte de ella se encuentran las secretarías de Defensa Nacional y la de Marina. Por otro lado de la organización del ejército y fuerza aérea, se encarga la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y a la armada la correspondiente Ley Orgánica de la Armada de México. Es decir, la organización militar en sentido estricto se rige por medio de dos leyes orgánicas, mientras que la administración militar se regula por las normas generales que rigen la administración pública del Estado. Desde esta

⁵⁶⁰ Véase Capítulo I, 2. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DETERMINA EL ESQUEMA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

perspectiva, la tesis institucionalista, explicaría adecuadamente la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas mexicanas, como una organización separada y distinta de la administración pública federal. En consecuencia, su actuación es un aspecto directamente vinculado a la persona del Presidente de la República, mientras que la dirección de la administración militar es el campo de actuación específico de los secretarios de defensa y marina. En efecto, dichos secretarios de estado están encargados de la infraestructuras de las Fuerzas Armadas, del personal, del desarrollo técnico y humano necesario, pero no son los jefes de las mismas, función que corresponde al Presidente de la República.

Por otra parte, el titular del poder ejecutivo federal, el Presidente de la República, es el comandante supremo de todas las Fuerzas Armadas y puede disponer de ella en todo tiempo para los fines constitucionalmente permitidos. En consecuencia ambas instituciones Fuerzas Armadas y secretarías de defensa y marina, convergen bajo el mando del jefe de estado mexicano, que es la cabeza de la administración pública federal centralizada. Es decir, administración y Fuerzas Armadas son los instrumentos que, sometidos al Gobierno, integran el Poder Ejecutivo Federal del Estado Mexicano.⁵⁶¹

Siempre hay una vinculación de las Fuerzas Armadas con el Jefe del Estado, que representa la unidad de una nación y la continuidad del ordenamiento constitucional, en tanto las Fuerzas Armadas son uno de los garantes de esa misma unidad y de ese ordenamiento. Las Fuerzas Armadas son en este sentido defensoras de la Constitución, una parte más del conjunto de instituciones que existen para la defensa del ordenamiento constitucional. Es decir, las Fuerzas Armadas tienen como misión defender el ordenamiento constitucional, pero sometidas precisamente a ese ordenamiento y bajo el mando de su comandante supremo el Presidente de la República.

⁵⁶¹ En opinión de Peñarrubia Iza, op. cit. pág. 69, en los países presidencialistas, la actuación de las Fuerzas Armadas se vincula directamente a la Presidencia del Estado. En los países de Monarquía parlamentaria, al Primer Ministro o Presidente del Gobierno, como ocurre en Gran Bretaña y, tras la vigencia de la Constitución de 1978, en España. En los países semipresidencialistas, las funciones del mando militar se reparten entre las personas del Presidente y del Primer Ministro, como en Francia. Finalmente, en países como Israel, donde la actuación de sus fuerzas de defensa es esencial, es frecuente que en la práctica el Primer Ministro asuma la función de Ministro de Defensa.

Las únicas excepciones al principio de que el Presidente es quien manda a las Fuerzas Armadas, se establecen respecto al Congreso de la Unión, depositario del poder legislativo federal⁵⁶² y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por cuanto hace al primero, en la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁶³, se dispone que si por cualquier circunstancia concurriera alguna guardia militar o de policía armada al recinto de las cámaras, éstas queden bajo las órdenes exclusivas del presidente de cada una de ellas. Se trata del artículo 12 del referido ordenamiento; a la letra dispone:

“1. Los recintos del congreso y de sus cámaras son inviolables. Toda fuerza pública está impedida de tener acceso a los mismos, salvo con permiso del presidente del congreso, de la cámara respectiva, o de la comisión permanente, según corresponda, bajo cuyo mando quedará en este caso.

2. El presidente del congreso, de cada una de las cámaras o de la comisión permanente, en su caso, podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública para salvaguardar el fuero constitucional de los diputados y senadores y la inviolabilidad de los recintos parlamentarios; cuando sin mediar autorización se hiciere presente la fuerza pública, el presidente podrá decretar la suspensión de la sesión hasta que dicha fuerza hubiere abandonado el recinto.”

El precepto tiene un antecedente remoto en las luchas habidas entre el parlamento encabezado por Oliverio Crownwell y el Rey Carlos I de Inglaterra; tiene como finalidad evitar que el ejecutivo, por medio del ejército, viole la independencia del Poder Legislativo e interfiera en sus actividades.⁵⁶⁴

⁵⁶² Artículo 50 Constitucional: El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.

⁵⁶³ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1999.

⁵⁶⁴ Dicha norma, como todas las que pretenden frenar al ejército, sólo valen en el grado en que convenga al ejército y, en su caso, al ejecutivo; prueba de ello se tiene en el decreto de disolución dado con fecha 10 de octubre de 1913 por Victoriano Huerta; en esa ocasión, con el auxilio del ejército, no sólo se disolvió el Congreso sino que, cuando se encontraban sesionando diputados y senadores fueron, muchos de ellos, aprehendidos y enviados a la penitenciaría de Lecumberri.

El Poder Judicial de la Federación, también puede eventualmente ejercer el mando de las Fuerzas Armadas que ingresen al recinto donde sesionan los órganos jurisdiccionales. Fundamento de lo anterior lo es el artículo y fracciones que enseguida se transcriben:

“Artículo 14. Son atribuciones del presidente de la Suprema Corte de Justicia:

III. Autorizar las listas de los asuntos, dirigir los debates y conservar el orden en las sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia;

VI. Dictar las medidas necesarias para el buen servicio y disciplina en las oficinas de la Suprema Corte de Justicia;

XIV. Expedir el reglamento interior y los acuerdos generales que en materia de administración requiera la Suprema Corte de Justicia;”

Asimismo las sentencias emitidas por las autoridades jurisdiccionales, deben ser cumplidas y acatadas en sus términos cuando involucren en sus resolutivos a las Fuerzas Armadas.

En efecto, la organización y estructura de las Fuerzas Armadas presenta rasgos característicos del modelo Divergente o Institucional, que son los siguientes:

- a) Las Fuerzas Armadas se mantienen distanciadas de la sociedad y del sistema político civil. Se crea una institución autárquica y separada para los militares. Se fomenta una concepción severa de los valores militares y paralelamente un reconocimiento mínimo de los derechos y libertades del militar. Se entiende que con tal alejamiento de la sociedad, se faculta el mejor cumplimiento de las funciones militares, entre las que se encuentra la guarda y custodia de las esencias patrias, incluso al margen de la voluntad democrática.
- b) En la educación y formación del militar, se sigue un criterio conservador y tradicionalista, exaltando los históricos valores militares, como la lealtad, sacrificio, eficacia, entrega, compromiso y sobre todo la disciplina, pero no demasiado vinculada a la sumisión al poder político democrático.
- c) La exaltación del nacionalismo y de los valores patrios, como notas características de este modelo, desmotivan la incorporación de extranjeros a las Fuerzas Armadas.

- d) Se parte de un supuesto nexo e identificación del ejército con la población, para lo cual el servicio militar es un instrumento necesario; se favorece por diversos métodos la divergencia de la población militar respecto de la civil.
- e) Entre estos medios divergentes, destaca el sistema retributivo establecido en el modelo institucional, basado en una remuneración por debajo de los precios de mercado, si bien compensada por unas retribuciones en especie que vienen a suponer privilegios o compensaciones. A los militares se les cubren de manera especial y en base a méritos las necesidades básicas, tales como: vivienda, alimentación, educación, servicios médicos, ocio, créditos al consumo y demás similares. El militar vive, compra o se divierte con militares. De este modo, pese a la relativa austeridad de sus salarios, los militares encuentran reconocimiento por su entrega a la Patria y lo que es más importante, se fortalece el corporativismo.
- f) Pese a cierta autonomía política de la institución así considerada, al militar individual se le somete a una muy estricta disciplina y a un régimen de derechos y libertades más que reducido. Además, en este modelo institucional, el militar lo es las veinticuatro horas del día, independientemente de que este o no de servicio. Inclusive quienes se ubiquen en situación de retiro siguen estando a disponibilidad permanente del instituto armado al que pertenecieron y siguen sujetos al régimen disciplinario militar. Tal parece que el vínculo militar es indisoluble, sólo termina con la muerte.

Las Fuerzas Armadas, tanto de tierra (Ejército Mexicano), de aire (Fuerza Aérea Mexicana) y mar (Armada de México), se ubican en el poder ejecutivo federal. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁵⁶⁵, en el artículo 2 dispone:

“En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al poder ejecutivo de la unión, habrá las siguientes dependencias de la administración pública centralizada: I.- secretarías de estado; II.- departamentos administrativos, y III.- conserjería jurídica.

⁵⁶⁵ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976

Las secretarías de Defensa Nacional y de Marina, son parte de la administración pública centralizada y a dichas dependencias se les encomienda la administración tanto del ejército, fuerza aérea y armada, respectivamente. El artículo 29 de la referida Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señala las atribuciones de la Secretaría de la Defensa Nacional y por lo que respecta a la Secretaría de Marina⁵⁶⁶, es el artículo 30 del mismo ordenamiento.

Los titulares de las secretarías de la Defensa Nacional y Marina, pueden ser libremente nombrados y removidos por el titular del ejecutivo federal, esto es por el Presidente de la República; así lo dispone la fracción II del artículo 89 constitucional.⁵⁶⁷ Al respecto José Manuel Villalpando menciona que: “el Presidente de la República tiene la facultad de nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, quien para hacerlo toma en cuenta la afinidad en ideología, la coincidencia de objetivos, y la pertenencia al grupo o equipo político del que forma parte. El Presidente de la República y sus más inmediatos colaboradores tienen una actitud política muy clara, orientada por sus principios y plataformas de campaña que convencieron al pueblo para elegirlo y conferirle el Poder Ejecutivo Federal. Los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, por lo tanto, asumirán la ideología y los puntos de vista acordes a los que fije el Presidente en turno, arrastrando tras de sí a las Fuerzas Armadas, de las que son Alto Mando, las que pierden, por lo tanto, la institucionalidad a la que están obligadas. Quizá como medida precautoria, la LOEFAM⁵⁶⁸ dispone el nombramiento obligado de un General de División para Secretario de la

⁵⁶⁶ En el período presidencial del General Manuel Ávila Camacho, se elevó Departamento Autónomo de Marina al rango de Secretaría de Estado, mediante reformas a la Ley de Secretarías de Estado publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1940. Fuente: <http://www.semar.gob.mx>

⁵⁶⁷ Artículo 89 constitucional, fracción II: “Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

II. Nombrar y remover libremente a los secretarios del despacho, remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la unión, cuyo nombramiento o remoción no este determinado de otro modo en la constitución o en las leyes;”

⁵⁶⁸ Las siglas indicadas por el autor corresponden a la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana.

Defensa Nacional, pero sin embargo, al ocupar éste el despacho correspondiente, será inmediatamente responsable, política y administrativamente, de sus actos, de los que no pueden diferenciarse los ejecutados como secretario de los que realice como Alto Mando del Ejército y Fuerza Aérea. Igual sucede con el Secretario de Marina, que es a su vez Alto Mando de la Armada.”⁵⁶⁹

Si bien existe la posibilidad de remover a los secretarios de defensa y marina e, incluso, al jefe del estado mayor presidencial, se ha juzgado impolítico y peligroso hacerlo, como lo demuestra la historia mexicana reciente. Mucho más si no se toman y exageran todas las precauciones. Solamente se hizo en los casos en que se pretendió mejorarlos o darles una colocación que les garantizará su existencia dentro del presupuesto, pero a partir de la llegada al poder de los civiles⁵⁷⁰, las remociones han sido muy pocas. Los secretarios de defensa y marina no fueron removidos ni en la época de mayor movilidad, la del Presidente Luis Echeverría⁵⁷¹, con la única excepción del Almirante Mauricio Scheleske Sánchez⁵⁷², quien fue removido por un conflicto amoroso y prefirió retirarse que dejar a su pareja sentimental. El presidente Salinas de Gortari designó en su lugar al Almirante Luis Carlos Ruano Angulo, quien concluyó el sexenio como titular de marina el 30 de noviembre de 1994. Por lo anterior podemos afirmar que a partir de que los presidentes han sido civiles, los secretarios de defensa y marina, se han convertido en inamovibles; duran los años del sexenio.

⁵⁶⁹ VILLALPANDO, José Manuel. “El Derecho Militar como Objeto de Conocimiento.” Pág. 62 y 63.

⁵⁷⁰ La presidencia de Miguel Alemán Valdés, 1 de diciembre de 1946 a 30 de noviembre de 1952, es considerada como la llegada de los civiles al poder político en la etapa del México post revolucionario.

⁵⁷¹ Durante el sexenio de Echeverría, el general Cuenca Díaz se dio el lujo de autodesignarse como candidato del Partido Revolucionario Institucional para la gubernatura del estado de Baja California Norte, no obstante los impedimentos constitucionales que existían, toda vez que aún ocupando la cartera de defensa se postuló para el cargo. Este militar no pudo disfrutar de su nuevo cargo de “elección popular”, toda vez que la muerte lo sorprendió en circunstancias muy misteriosas y aún no aclaradas.

⁵⁷² El Almirante Mauricio Scheleske Sánchez ocupó la Secretaría de Marina del 1 de diciembre de 1988 al 18 de junio de 1990.

Los presidentes de extracción militar se dieron el lujo de remover a los encargados del ramo militar. El General y Presidente Manuel Ávila Camacho tuvo tres secretarios de defensa; el presidente Cárdenas cuatro; el general Abelardo L. Rodríguez tuvo originalmente al general Pablo Quiroga, nombrando posteriormente a Lázaro Cárdenas y ante la postulación de éste como candidato a la presidencia se volvió a designar a Quiroga. Hasta el presidente Ortiz Rubio se dio el lujo de hacer cambios: fungieron como sus secretarios Joaquín Amaro, Plutarco Elías Calles y Abelardo L. Rodríguez. La Secretaría de Guerra fue considerada, antes que la de Gobernación como la antesala a la Presidencia de la República.

Es de destacarse que aunque los titulares de estas dependencias, tradicionalmente han tenido la condición de militares, el artículo 91 constitucional⁵⁷³ no establece ese requisito, toda vez que no distingue entre las secretarías de la defensa y marina y el resto de las dependencias que integran la administración pública federal centralizada. Excediéndose a este mandato constitucional, encontramos en la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos⁵⁷⁴, la siguiente disposición:

“Artículo 16. El Alto Mando del Ejército y Fuerza Aérea lo ejercerá el Secretario de la Defensa Nacional, el cual será un General de División del Ejército, hijo de padres mexicanos; y que, con objeto de establecer distinción respecto del resto de militares del mismo grado, se le denominará solamente General.”

Consideramos que este artículo, resulta inconstitucional, toda vez que rebasa el mandato constitucional, al exigir a un secretario de estado mayores requisitos que los señalados por el artículo 91 constitucional.

La Ley Orgánica de la Armada de México⁵⁷⁵, no comete el error de rebasar el mandato constitucional. En efecto, con más cuidado, dispone que:

⁵⁷³ El artículo 91 constitucional, dispone que: “Para ser secretario del despacho se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, estar en ejercicio de sus derechos y tener treinta años cumplidos.”

⁵⁷⁴ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1986.

⁵⁷⁵ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002.

“Artículo 7. El Alto Mando lo ejercerá el Secretario de Marina y será responsable ante el Mando Supremo del desempeño de las atribuciones siguientes:....”

De esta manera, ha habido tres secretarios de marina civiles: el Ingeniero Alberto Pawling (22 octubre de 1949 al 7 de noviembre de 1952), el Licenciado Raúl López Sánchez (8 noviembre de 1952 al 30 noviembre de 1952) y el Ingeniero Alfonso Poiré Ruelas (2 de mayo de 1955 al 22 de diciembre de 1955). Curiosamente, quien fuera presidente de México, Luis Echeverría Álvarez, ocupó el cargo de Oficial Mayor de la Secretaría de Marina.⁵⁷⁶

A raíz de la llegada al poder de un civil, como lo fue el licenciado Miguel Alemán Valdés, hubo necesidad de adoptar ciertas providencias en relación con la designación de secretarios de defensa y marina. En principio se procuró que fuera un militar de extracción revolucionaria, es decir que hubiera participado en los diferentes movimientos armados que tuvieron verificativo de 1910 a 1920, iniciando su carrera militar, de preferencia, como soldado raso. La explicación pudiera encontrarse en que se prefería a militares con el menor espíritu castrense, respecto de otros con formación académica en el Colegio Militar. Así, todos los secretarios de esta etapa fueron viejos revolucionarios. No entra en tal supuesto el General Cuenca Díaz que era egresado del Colegio Militar, pero compensó tal inconveniente con su avanzada edad.

Por otra parte se ha procurado que lleguen a la Secretaría de la Defensa militares que, por su edad, no piensen en otra cosa que no sea terminar el sexenio con vida y salud, que por sus años estén convencidos de que dicho puesto será el corolario de su carrera, sin pretender algo de más altura. Los secretarios de defensa no son unos mancebos y ello a despecho de muchos generales que han alcanzado las tres estrellas antes de los cincuenta años.

Para soportar los ajetreos que una campaña política y que el puesto de Presidente de la República trae aparejado, se requiere buena salud, ésta normalmente, no acompaña a los mayores de sesenta años. Esa es la razón por la que, salvo raros casos, como el del señor Adolfo Ruiz Cortines, que

⁵⁷⁶ La relación de los secretarios de marina desde la creación de la dependencia hasta la fecha se puede encontrar en <http://www.semar.gob.mx>.

tenían sesenta y dos años cuando protestó como presidente, pues ni Carranza ni Ortiz Rubio ni Fox⁵⁷⁷ llegaban a los sesenta años de edad al asumir la presidencia, no hay presidente que se inicie como tal mayor de esa edad. Se ha procurado que quien sea secretario de defensa exceda los sesenta años, como se ejemplifica con los siguientes casos de edades al protestar el cargo: Hermenegildo Cuenca Díaz, sesenta y nueve años; Marcelino García Barragán, sesenta y nueve años; Agustín Olachea, sesenta y tres años; Matías Ramos, sesenta y un años, todos, con excepción del primero, de extracción revolucionaria.⁵⁷⁸

Se podrá argumentar que Gilberto R. Limón contaba cincuenta y un años al protestar como secretario en el gabinete del licenciado Miguel Alemán y que se trata de una excepción que niega la regla, pero debe observarse que cuando él tomó posesión del puesto aún vivían viejos revolucionarios, con ascendiente en el ejército que hubieran podido evitar cualquier aventura militar y que, concretamente el presidente “civil” entrante estaba bajo la sombra de dos grandes militares: Lázaro Cárdenas y Manuel Ávila Camacho, el nombramiento de alguien más joven no representó mayor peligro político.

A los presidentes militares poco o nada les preocupaba la juventud de sus secretarios de guerra. Al General Álvaro Obregón no le quitó el sueño que, en marzo de 1922, en su secretaría estuviera un joven ambicioso de treinta y cinco años llamado Francisco Serrano. En este caso la juventud del

⁵⁷⁷ Villalpando, José Manuel, op. cit. pág. 158. Venustiano Carranza nació el 29 de diciembre de 1859; al proclamarse como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del poder ejecutivo, tenía 53 años de edad y al protestar el cargo de presidente constitucional de la república, contaba con 57 años. En cuanto al Ing. Pascual Ortiz Rubio, nació el 10 de marzo de 1877 y al protestar el cargo de presidente de la república, contaba con 52 años cumplidos. (op. cit. pág. 180) Adolfo Ruiz Cortines, nació el 30 de diciembre de 1889 y al asumir la presidencia tenía 62 años cumplidos y estaba a tan sólo un mes de cumplir los 63 años de edad. (op. cit. pág. 204) Vicente Fox Quesada, nació el 2 de julio de 1942 y al asumir la presidencia tenía 58 años cumplidos (op. cit. pág. 252)

⁵⁷⁸ La relación de los secretarios de guerra y marina y de la defensa nacional desde la vigencia de la Constitución de 1917 hasta la fecha, se puede encontrar en <http://www.sedena.gob.mx>

aspirante se remidió con su muerte, por vía de ejecución, por oponerse a su aspiración reeleccionista.⁵⁷⁹

Muy pocos secretarios de defensa, después de haberlo sido, han procurado alcanzar cargo de elección popular alguno; salvo la excepción de siempre: Cuenca Díaz que murió en su intento de alcanzar la gubernatura de Baja California Norte, como ya se mencionó. Todos se retiran a gozar de su muy merecida jubilación, rodeados de ayudantes que en número de seis les provee la patria agradecida, rompiendo con el principio de igualdad ante la ley.

En opinión de José Manuel Villalpando, “el nombramiento de un General de División para desempeñar el cargo de Secretario de la Defensa Nacional, o de un Almirante, para el de Secretario de Marina, obliga a una serie de razonamientos y discusiones relativos a la situación jurídico-política en que dichos nombramientos colocan a las Fuerzas Armadas Mexicanas. Si se acepta que los Secretarios de Estado adquieren por ese solo hecho, una posición eminentemente política, debe concluirse que los titulares de las secretarías encargadas de los asuntos militares también asumen ese papel, lo deseen o no, puesto que va implícito en el alto puesto federal para el que han sido designados. El problema radica en que las Fuerzas Armadas tienen como norma fundamental la institucionalidad, que se traduce en la "lealtad al gobierno legalmente constituido", pero esta lealtad, que es en realidad a la Constitución, y no a los hombres que integran al gobierno, no puede implicar la participación de las Fuerzas Armadas en el devenir político de la nación, del que deben ser celosas protectoras y no actoras del mismo. La participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en los actos de gobierno, plantea serias dificultades en cuanto a su constitucionalidad, y por supuesto, en cuanto a su fundamento ético, porque no debe olvidarse que ambos funcionarios ostentan, además del cargo administrativo conferido por el Presidente de la República, el no menos importante de ser el Alto Mando de las Fuerzas Armadas, otorgado por la legislación vigente. Es decir, tienen una doble responsabilidad pública, inseparable por estar depositada en una misma

⁵⁷⁹ Villalpando, José Manuel, op. cit. pág. 171. Francisco Serrano, falleció en la población de Huitzilac, Mor., al ser fusilado junto con varios de sus partidarios que lo habían postulado como candidato a la Presidencia de la República, el día 3 de octubre de 1927.

persona, y que puede acarrear graves dificultades a los institutos armados, o al menos, contribuir a su desprestigio.”⁵⁸⁰

El Presidente de la República detenta el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Citando a Hans Kelsen, es al Jefe del Estado a quien la Constitución le confiere la representación exterior del Estado y en especial la firma de los tratados internacionales, la sanción de las leyes, el comando supremo del ejército y la armada, el nombramiento de funcionarios y jueces, y otras tareas más.⁵⁸¹

En México la jefatura de Estado corresponde al Presidente de la República⁵⁸², quien dispone de la totalidad de las Fuerzas Armadas.⁵⁸³ Así lo dispone el artículo 89 fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dispone:

“Artículo 89.- las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:

....

⁵⁸⁰ VILLALPANDO, José Manuel. El Derecho Militar como Objeto de Conocimiento. Pág. 62.

⁵⁸¹ Kelsen, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, (del original Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931), Tecnos, Madrid, 1995, pág. 11.

⁵⁸² En España es al Rey a quien corresponde el mando supremo de las Fuerzas Armadas conforme al artículo 62 de la constitución española, quien además dirige la administración civil y la militar, según el art. 97. Conforme al artículo 12 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, “Su Majestad el Rey tiene el empleo militar de Capitán General del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, tradicionalmente el máximo rango militar, que le corresponde en exclusiva como Mando Supremo de las Fuerzas Armadas”.

⁵⁸³ El presidente de la república puede disponer de las FAS, siempre y cuando éstas no disponga lo contrario. Díganlo o no los casos de Lerdo de Tejada, Madero y Carranza, presidentes que cayeron por la traición del ejército regular que se entiende dependía de ellos. Esos son ejemplos suficientes para ilustrar y convencer de la actuación del ejército como una generalidad, si no hubiera casos que, en lo individual, lo confirmaran, como el de Porfirio Díaz-Alessio Robles: siendo el señor Alessio Robles cadete del Colegio Militar recibió instrucciones de no permitir el paso a nadie por determinado lugar, éste la hizo efectiva aún en la persona del general Díaz, no obstante que éste, por disposición legal, era jefe de todo el ejército. Si bien el ejemplo se invoca como un caso de celo en el cumplimiento del deber, la verdad es que a un observador un poco perspicaz le indicaría que pueden existir casos en que una sola persona, con escaso mando y poco seso puede, en cumplimiento del deber, privar al país de un benefactor.

VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente o sea del ejército, de la armada y de la fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la federación.”

En el mismo sentido encontramos los artículos 11 y 13 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos:

“Artículo 11. El Mando Supremo del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, corresponde al Presidente de la República, quien lo ejercerá por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional; para el efecto, durante su mandato se le denominará Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas.

Artículo 13. El Presidente de la República dispondrá del Ejército y Fuerza Aérea, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 89 Fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

La legislación secundaria ha sido congruente con este criterio, al señalar que los mandos militares deben actuar bajo las órdenes de la autoridad civil. En este sentido encontramos el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ejército y fuerza Aérea que es del texto siguiente:

“Artículo 17. El Secretario de la Defensa Nacional, de conformidad con las instrucciones que reciba del Presidente de la República, es el responsable de organizar, equipar, educar, adiestrar, capacitar, administrar y desarrollar a las Fuerzas Armadas de tierra y aire.”

De manera similar Ley Orgánica de la Armada de México, establece en el último párrafo del artículo 5 y en la fracción primera del 6, lo siguiente:

“Artículo 5.

El Presidente de la República es el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Para efectos de esta Ley se le reconocerá como Mando Supremo de la Armada de México.

Artículo 6. Son atribuciones y obligaciones del Mando Supremo las siguientes:

I. Disponer de la totalidad de las fuerzas que constituyen a la Armada de México en los términos de la fracción VI del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;”

Para el ejercicio del mando supremo de las fuerzas armadas, el ejecutivo federal dispone de un Estado Mayor, como lo dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos:

“Artículo 15. El Presidente de la República dispondrá de un Estado Mayor Presidencial, órgano técnico militar que lo auxiliará en la obtención de información general; planificará sus actividades personales propias del cargo y las prevenciones para su seguridad y participará en la ejecución de actividades procedentes, así como en las de los servicios conexos, verificando su cumplimiento. Se organizará y funcionará de acuerdo con el Reglamento respectivo.”

Las Fuerzas Armadas se mantienen distanciadas de la sociedad y del sistema político civil. Otra de las características del modelo institucionalista, que también encontramos en el constitucionalismo mexicano, se refiere a que las Fuerzas Armadas se mantienen distanciadas de la sociedad y del sistema político civil, características por las que se le conoce como divergente a este modelo.

El artículo 129 constitucional determina que en tiempo de paz las Fuerzas Armadas deben quedarse en sus cuarteles y estos deben ubicarse **fuera** de las poblaciones civiles⁵⁸⁴. El texto constitucional es el siguiente:

“Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del gobierno de la unión; o en los campamentos,

⁵⁸⁴ Después de la Segunda Guerra Mundial se ha buscado una nueva fuente de legitimación para las fuerzas armadas, para lo que se varió el orden de valores que habían inspirado a las mismas: los Ejércitos dejan de ser guerreros para convertirse en instrumentos de la paz. Esta imagen se ha pretendido proyectar en México, mediante la participación de las FAS en acciones de apoyo a la población en casos de desastre, así como campañas de mejoramiento de la calidad de vida de zonas marginadas o en estado de pobreza. Es incuestionable la destacada labor en el primero de los aspectos mencionados, pero por lo que respecta al segundo, ha servido para disfrazar movilizaciones militares y operaciones de inteligencia militar en regiones afectadas por movimientos sociales y de reivindicación popular. En efecto, la presencia de médicos militares, ingenieros, instructores y hasta peluqueros, es una estrategia para ganar la confianza de los pobladores de estas comunidades y obtener información relacionada con actividad guerrillera, narcotráfico o movimientos sociales.

cuarteles o depósitos que, **fuera** de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas.”

Otra característica del modelo divergente, es que se excluye a los ciudadanos de la posesión y portación de armas. En la Constitución de 1857 se estableció un amplio derecho a poseer armas y a portarlas, quedaba a criterio del legislador, se entendía que local o federal, el determinar, por medio de la ley, qué armas estarían prohibidas. Este derecho no sufrió restricciones durante esa época que los revolucionarios llaman cruel dictadura porfirista. Las cosas cambian con el advenimiento al poder de los revolucionarios; el primer jefe Venustiano Carranza, si bien propone que subsista el derecho a poseer armas y de que sea una ley la que determine cuáles serán las prohibidas, ya habla de cierto monopolio a favor del ejército, armada y guardia nacional, pero la modificación más importante es la de que, si bien subsiste el derecho, queda sujeto a lo que dispongan los reglamentos de policía; en tal sentido fue aprobada por el constituyente de 1917. En la nueva redacción, lo que era dudoso se vuelve claro y lo que era un derecho se vuelve nada. En efecto, de acuerdo con el precepto es facultad de la federación el determinar las armas prohibidas y es también una ley federal, no los reglamentos de policía de las autoridades locales, la que regula lo relativo a la portación de armas. De acuerdo con la nueva ley a los ciudadanos se les deja el amplio derecho a usar resorteras y en algunos casos rifles de aire.⁵⁸⁵

También corresponde a un modelo divergente limitaciones los derechos fundamentales de los militares. En México esas afectaciones se materializan en mayormente en leyes secundarias y no de forma tan específica en la Constitución a diferencia de los modelos español y alemán que analizamos en el capítulo primero. En el epígrafe anterior analicé ampliamente las restricciones a los derechos fundamentales de los militares.

Un matiz que corrobora la clasificación de las Fuerzas Armadas mexicanas dentro del modelo Institucional o Divergente, lo es el esquema de designación de todos los funcionarios militares. Una norma no escrita de la política mexicana, establece que los titulares de las Secretarías de la Defensa y de Marina deben ser designados de entre los altos mandos del

⁵⁸⁵ Cfr. Artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1972.

Ejército Mexicano y de la Armada de México en activo. Aquéllos quienes ostenten la jerarquía máxima, Generales de División y Almirantes, y tengan una razonable antigüedad en ese grado, pueden ser elegibles. El Presidente electo se reúne con todos ellos en los meses previos a la toma de posesión y decide a quienes confiará la conducción del estamento militar.

Villalpando menciona que “la frontera que debe existir para las Fuerzas Armadas entre su misión de salvaguardar la soberanía y el orden constitucional y la dudosa participación activa como agentes de un gobierno politizado, es muy difícil de precisar, más aún si su Alto Mando desempeña un doble papel”⁵⁸⁶

Los secretarios de estado, conforme a la legislación mexicana asumen una triple responsabilidad, política, administrativa y penal, en el desempeño de sus cargos, toda vez que la Constitución General⁵⁸⁷, dispone que el titular del ejecutivo es irresponsable durante el ejercicio de su encargo. Los secretarios de la Defensa y de Marina, por el solo hecho de aceptar y permanecer en su cargo, asumen una función de naturaleza política e incluso se pronuncian por una posición ideológica, según sea la tendencia del régimen, ya sea de izquierda, de derecha o de centro, con todas las variaciones y rumbos que ello pueda implicar. Todos los actos, decisiones y posturas que adopte su jefe inmediato, el Presidente de la República, se reflejan en sus colaboradores, por lo que las Fuerzas Armadas tácitamente avalan y aceptan incondicionalmente las posturas políticas e ideológicas de su mando superior el Secretario de la Defensa o de Marina. Sin importar lo acertado o lo erróneo de las posturas políticas, económicas o ideológicas del régimen en turno, considero que no le corresponde a las Fuerzas Armadas asumir el papel de agentes del gobierno, toda vez que la institucionalidad de

⁵⁸⁶ VILLALPANDO, José Manuel. El Derecho Militar como Objeto de Conocimiento. Pág. 63.

⁵⁸⁷ El segundo párrafo del artículo 108 constitucional dispone que: “El Presidente de la Republica, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. (reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982)

las Fuerzas Armadas no debe estar sujeta a las variaciones de las ideologías de los partidos políticos que detenten el poder circunstancialmente.

En consideración de Villalpando, lo correcto sería hacer “una diferenciación clara entre los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, funcionarios con responsabilidades políticas y administrativas, y el Alto Mando de las Fuerzas Armadas, encomendados a miembros de ellas de alta graduación, que cumplirían con una función exclusivamente técnica: la militar. Esto supone que los secretarios mencionados deben ser parte del equipo de gobierno del Presidente de la República, de procedencia civil, y dedicados a las tareas propias de las cuestiones políticas y administrativas. El Alto Mando debe estar constituido por Generales de División o Almirantes, designados por el Mando Supremo, que se concretarán a ejercer funciones absolutamente técnicas, es decir, a organizar, preparar y operar a las Fuerzas Armadas. Esto garantizaría la institucionalidad, puesto que el Alto Mando sería necesariamente atribuido a un, militar, nombrado de entre aquellos que escalafonariamente puedan serlo, y el cual, al estar exento de participar en decisiones políticas, acataría únicamente las órdenes que reciba del Mando Supremo, directamente o a través del órgano político respectivo, o sea del secretario del ramo, quienes asumirían las responsabilidades que correspondan.”⁵⁸⁸

La tendencia mundial coincide con la opinión de Villalpando, toda vez que los miembros de los gabinetes políticos encargados de la defensa nacional, son políticos civiles y el mando de las Fuerzas Armadas se encarga a militares de carrera. En efecto, con excepción de México, el titular de la secretaría o del ministerio de defensa, según sea el caso, no solamente es un civil sino también lo han sido mujeres como en el caso de España⁵⁸⁹ y de Chile.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ VILLALPANDO, José Manuel. El Derecho Militar como Objeto de Conocimiento. Pág. 63.

⁵⁸⁹ Doña Carmen Chacón Piqueras fue Ministra de Defensa de España en el 14 de abril de 2008

⁵⁹⁰ Doña Verónica Michelle Bachelet Jeria, ocupó el Ministerio de Defensa de Chile, del 7 de enero del 2002 hasta el 1 de octubre del 2004, en que fue postulada como candidata a la presidencia por el partido socialista. Cabe destacar que Bachelet fue la primera mujer en asumir un cargo de esta naturaleza en Latinoamérica.

Una vez seleccionados los secretarios de Defensa Nacional y Marina, a propuestas de estos, el Presidente⁵⁹¹ designa a todos los mandos y funcionarios de las Fuerzas Armadas y les señala destino.⁵⁹²

Adicionalmente, de acuerdo con la Constitución, el Presidente tiene una intervención de primer orden en lo relativo a las promociones de grado. No es difícil imaginar que se impide que ascienda un elemento peligroso y benefician a quien se muestre no sólo apto sino también leal y obediente. En el texto constitucional se distingue, y con mucha razón, entre, coroneles y generales y, por otra parte, jefes y oficiales. Los ascensos de éstos, si bien dependen del Presidente de la República, por lo general más se hacen de acuerdo con un procedimiento previsto por la ley, que por voluntad directa de aquél. Por lo que toca a coroneles y generales, reciben el mando de tropa. Por ello se requiere la concurrencia del ejecutivo y del Senado con un doble objetivo: dar tanto al Presidente, como a la sociedad, seguridad de que a tales cargos llegarían elementos idóneos para la seguridad y la paz pública.

La conclusión necesaria, con base a los rasgos característicos de las Fuerzas Armadas mexicanas, es que su configuración constitucional se apega al modelo institucional o divergente. Esta circunstancia es determinante para establecer las características de la estructura de la jurisdicción penal militar. En efecto, a este tipo de modelo corresponde una justicia militar de mando, esquema tradicional dentro de las Fuerzas Armadas.

⁵⁹¹ Artículo 89 constitucional.- Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: IV. Nombrar, con aprobación del senado, los coroneles y demás oficiales superiores del ejército, armada y fuerza aérea nacionales, y los empleados superiores de hacienda; V. Nombrar a los demás oficiales del ejército, armada y fuerza aérea nacionales, con arreglo a las leyes;

⁵⁹² Artículo 14 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea: Son facultades del Mando Supremo: I. Nombrar al Secretario de la Defensa Nacional; II. Nombrar al Subsecretario; al Oficial Mayor; al Inspector y Contralor General del Ejército y Fuerza Aérea; al Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional; al Procurador General de Justicia Militar y al Presidente así como a los Magistrados del Supremo Tribunal Militar; III. Nombrar al Jefe del Estado Mayor Presidencial; IV. Nombrar a los Comandantes de los Mandos Superiores; V. Nombrar a los Comandantes de las Unidades de Tropa y a los Comandantes de los Cuerpos Especiales; VI. Nombrar a los Directores y Jefes de Departamento de la Secretaría de la Defensa Nacional;

La esencia del modelo consiste en que los militares juzguen a los militares, se trata de una jurisdicción de clase. Esta consiste en aceptar y reconocer, a quien ejerce el mando, la posibilidad de juzgar con todas las atribuciones y consecuencias que ello implica. Como se indicó en el capítulo I, quien ejerce el mando puede acusar o perdonar; ordenar el juzgamiento o el sobreseimiento de una causa; ordenar se condene o bien que se absuelva a los justiciables; puede nombrar y remover libremente a los órganos acusadores y a los jueces.

La esencia que distingue este modelo se cumple en el caso de México. Los órganos del fuero militar están completamente separados de las instancias civiles. Se crea un sistema completo de jurisdicción militar con juzgados, tribunal de apelación y consejos de guerra. Están ubicados en sede ejecutiva, pero además incardinados dentro de la Secretaría de la Defensa Nacional. Es más, el servicio de justicia militar, es el único que comparte la armada, el ejército y la fuerza aérea mexicanos. Sin embargo, es el General Secretario de la Defensa Nacional quien designa a todos el personal que integra a los órganos de la administración y procuración de la justicia militar.

No existe una carrera judicial militar propiamente dicha, pues no se requiere, toda vez que los consejos de guerra, solamente se convocan cuando hay necesidad de ellos. Al no ser órganos permanentes, la selección de los integrantes de los órganos forales militares la realiza el mando y puede recaer aleatoriamente en cualquiera, ya que no se requiere ser letrado o abogado para integrarlos. Desde luego todos deben tener la condición militar como requisito indispensable para formar parte en los procesos jurisdiccionales, de igual o superior rango al enjuiciado y actuando como juez un militar de alta jerarquía, con independencia que sea abogado o no. Los órganos permanentes como jueces y magistrados militares son nombrado y removidos libremente por el mando.

La vinculación con los órganos de justicia civiles se materializa hasta el Juicio de Amparo. En efecto, este procedimiento de tutela constitucional, permite confrontar la constitucionalidad de los autos y sentencias pronunciadas por los órganos del fuero castrense mexicano. Asimismo el Código de Justicia Militar no respeta la esencia de la justicia castrense de tipificar únicamente delitos de naturaleza estrictamente militar.

La configuración constitucional de la justicia militar implica una cuestión garantista en favor de los civiles. Por ello cuando se

constitucionaliza la justicia militar siguiendo este modelo, tarde o temprano se percibe, quizá erróneamente, que el fuero especializado y excepcional, tiene el propósito de encubrir y proteger a los militares. En lo personal esta apreciación me parece equivocada, pero el debate se ha incrementado en este momento en México, sobre la base de la desinformación y el desconocimiento de la justicia militar.

Considero suficientemente demostrado que el modelo de justicia militar en México corresponde al escenario autárquico de justicia militar centrado en el mando, propuesto en el epígrafe 6.2 del Capítulo I de esta tesis. Este es el más elemental y tradicional de los modelos de configuración del fuero militar. Prácticamente no ha tenido evolución. Las complicaciones presentes por las que atraviesa el estamento militar en México, especialmente la justicia militar, requieren de toda necesidad su replanteamiento constitucional y legal.

1. La Subsistencia del Fuero de Guerra, una mirada al pasado con Implicaciones Jurídicas

La jurisdicción militar en México se ha fundamentado en una institución que ha sido el blanco de ataque del liberalismo mexicano: los fueros de cualquier clase. El avance del principio de igualdad ante la ley a través de la historia, ha sido una lucha en contra de los tribunales especiales y los privilegios para ciertos grupos o estamentos de la sociedad. En efecto, los fueros desaparecieron uno a uno, solamente quedó el fuero de guerra, castrense o militar, cuyo sustento constitucional es el artículo 13 que enseguida se transcribe:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. **Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.**

Esta disposición constitucional consagra el principio de igualdad ante la ley; prohíbe la expedición de normas privativas y establece el carácter de

generalidad y abstracción de las mismas. Como consecuencia de ello, se prohíben los tribunales especiales y los tribunales ad hoc, garantizando que las leyes, y los tribunales establecidos con base a ellas, sean los mismos para toda la sociedad. Proscribe las exacciones de cualquier tipo, así como los privilegios de clase o los asignados a una corporación.

La permanencia del fuero militar solamente la condiciona este artículo de la Constitución en tres aspectos: a) Su ámbito subjetivo de aplicación es restrictivo, ya que solamente quienes tengan la condición de militares quedan sujetos a él. Los civiles nunca estarán sometidos a dicho fuero; b) El ámbito objetivo de la jurisdicción militar, se limita a conocer de los delitos y faltas contra la disciplina estrictamente del orden militar; c) Que su conducta esté ligada a la comisión de delitos y faltas contra la disciplina militar, por lo que si en los hechos reprochables se encuentra involucrado un civil, aunque sea un militar el que cometió la conducta típica, deben ser juzgados por los tribunales del fuero común.⁵⁹³

Determinar el alcance del mandato constitucional respecto de los tribunales militares, requiere del análisis detallado del artículo 13 constitucional. Al señalar que subsiste el fuero de guerra, pero prohibirlo para otras personas o corporaciones que no sean los militares y las Fuerzas Armadas, implica de toda necesidad que se incorpora una limitación para la jurisdicción militar. ¿Cuál es esa limitación? La respuesta a esa pregunta la buscaremos mediante el estudio de los antecedentes históricos del mandato constitucional, los debates parlamentarios previos a su aprobación en el congreso constituyente y finalmente los criterios de interpretación que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La redacción del artículo 13 constitucional me parece anquilosada, tiene imprecisiones jurídicas, es incompleta e insuficiente para atender las exigencias contemporáneas de la justicia militar.

La existencia de un sistema jurisdiccional para las Fuerzas Armadas, se expresa en la Constitución mediante la declaratoria inicial de la

⁵⁹³ Este criterio ha sido sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Semanario Judicial de la federación. 5ª Época. Tomo XI., p. 1392 y Tomo VI. p. 90; Tomo XII, p. 535 y Tomo LVIII, p. 1875. Suprema Corte de Justicia. El respeto de la jurisdicción ordinaria ha sido mantenido por la justicia federal, ya que en otros precedentes se nota la distinción de la acción de tribunales militares y la reserva de la jurisdicción de tribunales ordinarios Vid. Suplemento al SJF 1933. Tomo I., p. 1195. Iª parte., p. 122 y Tomo LVII, p. 1036.

“subsistencia del fuero de guerra”. Es una mirada al pasado pues remite a los anteriores textos constitucionales para conocer el estado que guarda la justicia militar. En efecto, quedó demostrado en el primer epígrafe de este capítulo⁵⁹⁴, todos los textos constitucionales vigentes en México utilizan la expresión “subsiste” u otros similares para señalar una continuidad en la regulación del fuero militar. Más que una evolución se plasma una involución del concepto. Se voltea al pasado para referir que subsiste y permanece el marco normativo de la justicia militar.

Ello tiene implicaciones jurídicas, toda vez que al subsistir el fuero militar, subsisten también las leyes y reglamentos militares, desde las “Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos” dictadas por el Rey Carlos III en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768, que fueron el primer cuerpo normativo castrense en la América española, también denominadas “viejas ordenanza” por las leyes mexicanas de principios del siglo XIX. Perviven todas las leyes, reglamentos y ordenanzas relacionadas con el fuero militar y las cuestiones disciplinarias. Una norma de rango constitucional permite la posibilidad de aplicación de todo el marco normativo castrense que ha estado vigente en México desde la época virreinal, siempre y cuando no se oponga al derecho positivo contemporáneo.

Considero indicado suprimir la expresión “subsiste”. En el capítulo III presentaré la propuesta resultante de esta investigación para configurar a la jurisdicción militar. Lo relevante debe ser constitucionalizar la permanencia de la jurisdicción militar en su doble aspecto, disciplinario y penal.

La segunda oración del artículo 13 constitucional dispone que: **“Ninguna persona o corporación puede tener fuero”**. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que no obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución mexicana, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación. En efecto, al establecer el artículo 13

⁵⁹⁴ Véase Capítulo II, 1.1 de esta Tesis.

constitucional la subsistencia del fuero de guerra, se refiere a la aplicación de leyes de naturaleza estrictamente castrense y por tribunales militares. De esta forma no debe existir, fuera del ámbito militar, ningún tribunal distinto de los ordinarios que privilegie a determinada persona o corporación.⁵⁹⁵

La constitución mexicana utiliza el término **fuero de guerra**, para referirse a la jurisdicción militar. El término guerra, aparece en el diccionario como: “Desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más potencias. Lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación.”⁵⁹⁶ Entonces, la jurisdicción militar, ¿solamente funcionaría en tiempo de guerra? Para el caso de México, desde luego la respuesta es negativa, toda vez que los tribunales militares han funcionado regularmente en tiempo de paz. El uso del término “guerra”, se explica debido a que después de la promulgación de la Constitución Política de 1917, los decretos del 14 de abril y 31 de diciembre del mismo año, así como los del 6 de abril de 1934 y 31 de diciembre de 1935 ratifican la existencia de la Secretaría de Guerra y Marina. Era común que en esos tiempos, el término guerra fuese usado con toda naturalidad para referirse a las cuestiones relacionadas con las Fuerzas Armadas, independientemente de que el país se encontrase en paz. La palabra “guerra” para hacer alusión a lo militar, cayó en desuso. Fue sustituida por el concepto de defensa nacional. En efecto, la referida dependencia cambió su denominación por la de Secretaría de la Defensa Nacional, mediante decreto publicado el 1 de noviembre de 1937. Los decretos de 31 de diciembre de 1940, 21 de diciembre de 1946 y 24 de diciembre de 1958, así como el del 29 de diciembre de 1976 que promulga la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, ratifican su competencia y denominación como Secretaría de la Defensa Nacional.⁵⁹⁷ En consecuencia el artículo 13 constitucional, se refiere a la subsistencia de los tribunales militares, como única excepción al principio de igualdad ante la ley y el mantenimiento de una jurisdicción especial para todo lo

⁵⁹⁵ Cfr. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx> FUERO. SU PROHIBICIÓN EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL IMPLICA LA PROSCRIPCIÓN DE JURISDICCIONES O ESFERAS COMPETENCIALES DISTINTAS, EN FUNCIÓN DE LA SITUACIÓN SOCIAL DE DETERMINADA PERSONA O CORPORACIÓN.

⁵⁹⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 795.

⁵⁹⁷ Información tomada de la página electrónica de la Secretaría de la Defensa Nacional, www.sedena.gob.mx. Consultada el 19 de mayo del 2015.

relacionado con los delitos y faltas disciplinarias cometidas en contra del instituto armado.

La Corte mexicana ha realizado una interpretación del artículo 13 de la Constitución, donde se define a la jurisdicción militar en los siguientes términos:

“se advierte que el fuero de guerra es una jurisdicción especializada que comprende el conocimiento tanto de los delitos como de las faltas contra la disciplina militar y, por ende, a todas las autoridades legalmente facultadas para intervenir en tales asuntos e imponer las sanciones que correspondan (penas o correctivos disciplinarios), y no sólo a las que señala el artículo 28 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, a saber, el Supremo Tribunal Militar, la Procuraduría General de Justicia Militar y el Cuerpo de Defensores de Oficio. En ese sentido, aun cuando la Secretaría de la Defensa Nacional puede ser considerada como una autoridad administrativa, en virtud de que pertenece a la Administración Pública Federal Centralizada, es indudable que al ejercer la facultad que le fue conferida para organizar, equipar, educar, capacitar y desarrollar a las Fuerzas Armadas de tierra y aire, así como para conocer y sancionar, por conducto de las autoridades castrenses competentes, los delitos y faltas contra la disciplina militar, se constituye como un órgano del fuero de guerra, por lo que tratándose de arrestos por faltas contra la disciplina militar, no resulta aplicable el límite temporal de treinta y seis horas que el artículo 21 de la Constitución Federal prevé para los arrestos por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, en tanto que dicho fuero constituye una excepción a los principios consagrados en el primer párrafo del citado precepto constitucional.”⁵⁹⁸

Este criterio interpretativo presenta varios errores al confrontarlo con el esbozo de teoría de la jurisdicción militar planteada en el capítulo I de este trabajo. En primer término, confunde y mezcla los derechos disciplinario y penal militar. He demostrado que se trata de conceptos distintos, que se rigen por principios diferenciados y que requieren también una configuración constitucional adecuada y separada. Son cuestiones

⁵⁹⁸ Idem <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

diferentes los delitos estrictamente castrenses y las faltas contra la disciplina militar. Este equívoco se explica en función de que el texto constitucional también confunde estos conceptos. Es incorrecto referirse a delitos contra la disciplina militar. Las faltas disciplinarias no son delitos. El bien jurídicamente tutelado en los delitos castrenses no es la disciplina militar, sino el *etos* militar.⁵⁹⁹

Comparto la opinión del investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Manuel González Oropeza, en el sentido de que “no cualquier delito que pueda definir la legislación común se convierte en militar por el hecho de haber sido cometido por un miembro de las Fuerzas Armadas, porque ello sería convertir al fuero de guerra, en un privilegio y en un sistema punitivo parcial, en detrimento de la igualdad ante la ley y del principio de división de poderes que establece que las penas sólo las puede imponer el juez ordinario, según el artículo 21 constitucional. De tal manera, los delitos militares objeto de esta jurisdicción especializada, sólo pueden ser aquéllos que necesariamente para cometerlos puedan ser cometidos por militares en ejercicio de funciones estrictamente militares, o que sólo los militares los puedan cometer.” ... “Bajo esta hipótesis, que considero sigue fielmente la desconfianza del Constituyente Mexicano hacia el exceso de esta jurisdicción, los delitos que son equivalentes a los delitos comunes, definidos por los códigos penales correspondientes, deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria y los jueces comunes sólo deben atender las peculiaridades de la conducta delictiva cometida por un militar, como agravante, por razón de ser autoridad armada. La condición de militar daría al delito común un motivo para agravar la pena, pero no para sustraerlo de la jurisdicción ordinaria que, bajo el principio de igualdad ante la ley, es la constitucionalmente facultada para administrar justicia, imponer las penas y aplicar el principio del debido proceso legal. El orden público y el Estado de Derecho se interesan en garantizar que tribunales especializados, sujetos a la autoridad militar desde su nombramiento e integración, no se involucren más que para punir delitos esencialmente militares, pero no para aplicar penas en delitos que son esencialmente

⁵⁹⁹ Véase Capítulo I, 3.2 y 5.2 de esta tesis.

comunes o que pueden ser cometidos por cualquier civil y que la legislación ordinaria ya contempla.”⁶⁰⁰

Resulta frecuente, que los tribunales militares conozcan de delitos que no constituyen faltas contra el instituto armado, es más muchos militares sufren prisión preventiva o compurgan sentencias en la prisión militar, a pesar de ser reos del orden común, ya sea de jurisdicción federal o local.

Sin embargo, otros delitos o faltas que son tipificados en el Código de Justicia Militar, no requieren ser cometidos por militares para que la ley ordinaria los sancione. Dichas conductas típicas son en consecuencia inconstitucionales por rebasar el límite que establece el artículo 13 constitucional. En efecto, tipos penales tales como falsificación, fraude, malversación y retención de bienes, robo y daño en bienes, Insultos y amenazas, pillaje, devastación y merodeo, duelo y delitos contra la administración de justicia militar, deben ser del conocimiento de los tribunales ordinarios, ya que no se trata de delitos que sólo los militares pueden cometer, sino que son compatibles con las conductas delictivas de la ley ordinaria. En este caso la inconstitucionalidad deviene de ser juzgado por tribunales competentes apegado al debido proceso penal. La violación a los artículos 14 y 17 de la Constitución mexicana, implicaría que todos los militares procesados por delitos que no sean de naturaleza estrictamente castrense, deberán ser declarados absueltos, toda vez que fueron sentenciados por tribunales incompetentes. Además no podrían ser juzgados nuevamente por la prohibición constitucional de non bis in ídem.

Sobre el particular, González Oropeza, señala que: “la ley penal ordinaria, e incluso el Código de Justicia Militar, contempla o puede contemplar directivas al juez ordinario de cómo tratar al militar que incurre en alguno de los delitos; pero ello no significa que sólo un juez militar puede apreciar todos los delitos cometidos por militares. En este sentido, el militar como servidor público, no es, diferente de cualquier otro servidor público; el patrimonio de las fuerzas armadas no es distinto de los bienes de la Nación, incluyendo armas, caballos, equipamientos, y demás bienes que las fuerzas armadas usan para desarrollar sus funciones. No puede haber tribunales especializados para los militares cuando no los hay para los

⁶⁰⁰ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; “El Fuero Militar en México: La injusticia en las Fuerzas Armadas”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. www.bibliojuridica.org

servidores con fuero constitucional, de tal manera, todos los diputados, senadores, secretarios de Estado, magistrados, Ministros de la Suprema Corte, Gobernadores de los estados y servidores públicos estatales, que desarrollan funciones tan graves e importantes para el Estado, no son juzgados penalmente por tribunales especializados, sino por los mismos tribunales establecidos en la Constitución y demás leyes ordinarias. La disciplina militar no puede ser de esa manera tan privilegiada sobre la inmunidad parlamentaria o los requisitos de procedibilidad para que los jueces ordinarios conozcan de los delitos previstos en las leyes federales. (...) La carrera militar no es un ámbito para iniciados ni una ciencia difusa, que no la pueda entender y preservar, el competente personal del Poder Judicial Federal.”⁶⁰¹

Los tribunales militares deben ser reducidos a su objetivo fundamental que es garantizar la función militar, cuidando siempre del respeto a los derechos fundamentales de los militares. Las diferentes alternativas para regularlos, se obtendrán del estudio del derecho comparado y de su vinculación práctica con la realidad mexicana. En el capítulo III presentaremos las diferentes alternativas que se presentan concretamente para la realidad mexicana y me decantaré por la que considero más conveniente.

Quizás fue aquél término “fuero” el que dio motivo de confusión al Diputado Constituyente de 1917, Francisco J. Mújica, al formular voto particular a esta parte del artículo 13 constitucional y proponer la abolición total del fuero de guerra en tiempo de paz, para el efecto de que fuesen los tribunales ordinarios y no militares, los que conociesen de todos los casos en que se tratare de un delito de carácter militar cometido inclusive por miembros del ejército, pues dicho constituyente sostuvo que el fuero de guerra sólo debía subsistir y conocer de ellos los tribunales militares, por delitos de ese tipo, cuando la nación se encontrase en estado de guerra o cuando el ejército se hallare en campaña en determinada región del país.⁶⁰²

En cambio, la mayoría de los miembros de la comisión dictaminadora, estuvo de acuerdo con el proyecto presentado por Venustiano Carranza del artículo 13 constitucional, donde se mencionaba

⁶⁰¹ Ibid GONZALEZ OROPEZA

⁶⁰² Cfr. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones, Porrúa, México, 2000. Tomo III, Diario de los Debates, Voto Particular del C. Francisco J. Mújica, págs. 42 a la 44.

que: "lo que obliga a conservar la práctica de que los militares sean juzgados por militares conforme a leyes especiales, es la naturaleza misma de la institución del ejército. Estando constituido éste para sostener las instituciones, urge rodearlo de todas las precauciones dirigidas a impedir su desmoralización y mantener la disciplina, que es su fuerza, porque un ejército no deja de ser el sostén de una nación para convertirse en azote de la misma. La conservación de la disciplina militar impone la necesidad de castigos severos, rápidos, que produzcan una fuerte impresión colectiva; no pudiendo obtener este resultado de los Tribunales ordinarios, por la variedad de los negocios a que tienen que atender constantemente y por la importancia a que se ven reducidos en ocasiones, por diversas causas, (por ello) es fuerza instituir Tribunales especiales que juzguen de los delitos del orden militar, si se quiere obtener los fines indicados antes".⁶⁰³

De lo anterior se infiere que, si bien el artículo 13 constitucional hace expresa prohibición de fueros o jurisdicción distinta a la común, la excepcionalidad del fuero militar se justifica porque en el ejército, la disciplina es un factor importante para sostener la cohesión y mando del mismo, el que debe ser rígido pero razonado y cuando se rompa aquélla, deben conocer los mismos militares que saben la manera de ser, comportarse, pensar y actuar de los miembros del ejército, para responder exactamente a la necesidad orgánica que hace necesaria su existencia vertical.

González Oropeza indica que: "el Constituyente no ha mostrado escepticismo hacia el fuero militar a pesar de que lo aprobó por las dos terceras partes del Congreso Constituyente de Querétaro (122 votos 61), porque algunos de los constituyentes más celebres como Francisco J. Múgica, Esteban Baca Calderón e Hilario Medina, dos militares y un abogado, cuestionaron el fuero militar y propusieron bien restringirlo en tiempo de guerra exclusivamente o, eliminarlo y transferirlo al Poder Judicial. Pero este escepticismo es tradicional, pues surge con el liberalismo mismo, raíz de la Nacionalidad Mexicana. José María Luis Mora, padre del liberalismo mexicano, fue un ardiente crítico de los fueros, particularmente del militar, al que consideraba como una institución contraria al principio de igualdad ante la ley. Muy pronto los mismos militares se percataron de la falta de garantías en los procesos instruidos por jueces militares, donde la

⁶⁰³ Diario de los Debates, dictamen presentado en la 35ª sesión ordinaria del 8 de enero de 1917, pág. 42.

consigna y los intereses políticos pueden regir el procedimiento ante un tribunal de apariencia imparcial. El Teniente Coronel Juan Suárez y Navarro, juez militar, escribió en 1849 lo siguiente: La multitud de reos, cuyos procesos instruí, mi constante concurrencia a los consejos de guerra, la experiencia que adquirí en la práctica de estos negocios y los hechos de que fui testigo, me hicieron convencerme, de que los militares viven sin garantías; de que sus jueces son movibles a la voluntad del gobierno, de que en lo general no tienen medios de defensa.”⁶⁰⁴

Burgoa Orihuela⁶⁰⁵, cuestiona si la prevención constitucional que declara subsistente el fuero de guerra, es en realidad, una excepción a la garantía de igualdad que prohíbe la existencia de privilegios o prerrogativas personales. Para encontrar la respuesta acude a la distinción entre el fuero personal y fuero real y material y llega a la conclusión de que en realidad aquél se trata de un fuero mixto. Respecto al primero señala que "el fuero personal está constituido por un conjunto de privilegios y prerrogativas que se acuerdan en favor de una o varias personas determinadas; que dichos privilegios se establecen intuitu personae, esto es atendiendo al sujeto mismo. Por ende, pueden traducirse en una serie de exenciones, favores o ventajas para sus titulares. Dichos fueros viven y mueren con las personas por ellos beneficiados, por lo que se dice que el fuero que los comprende es personal o subjetivo". Continúa diciendo que "este fuero excluye para sus titulares la imperatividad de la norma jurídica. Así, el que goza de un fuero de tal naturaleza no puede ser juzgado por los tribunales ordinarios que conocen de los juicios que se susciten entre las personas no privilegiadas"... "no puede ser sometido a la jurisdicción del tribunal que conocería de un determinado proceso por razón de la naturaleza del delito cometido." Por lo que hace al fuero real, que indistintamente llama material u objetivo, señala que "no se refiere a una persona determinada o a un número también determinado de sujetos"; advierte que dicho fuero "no implica un conjunto de ventajas o favores personales acordados para uno o varios sujetos o un grupo de personas, sino que propiamente se traduce en una situación de competencia jurisdiccional determinada por la índole o naturaleza del

⁶⁰⁴ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, Op. Cit. Este autor cita como sustento de sus afirmaciones a José María Luis Mora. Obras Completas. Volumen I. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. 1994., p. 122 y siguientes, así como el Discurso sobre los Tribunales Militares, leído en el Ateneo Mejicano en una de sus sesiones, sobre ciencias de este ramo, por el Teniente Coronel Juan Suárez y Navarro. Nueva Edición dedicada a sus compañeros de armas. Méjico. Imprenta de José M. Lara; calle de la Palma número 4. 1849, pág. 7.

⁶⁰⁵ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Porrúa, México, Decimoséptima Edición, 1983, págs. 288-291.

hecho, acto o negocio que da origen a un juicio". Después de otras consideraciones manifiesta que a este fuero "se le da el nombre de real o material, porque para su existencia se toma en consideración un elemento ontológico, constituido por hechos, actos o situaciones que son extra personales y que pueden tener lugar en relación con cualquier sujeto, independientemente de la condición especial de éste"... "puede llamársele objetivo, porque se establece atendiendo a circunstancias, fenómenos, elementos, etc., trascendentes e independientes de la índole intrínseca". A manera de resumen concluye que "el fuero de guerra que permite la ley suprema es eminentemente real u objetivo, puesto que se consigna en razón de la índole del delito que da origen a un juicio. El fuero de guerra implica, pues, la órbita de competencia de los tribunales militares, establecida, no atendiendo a la persona de los sujetos que cometan un delito o cualquier acto o negocio jurídico que dé nacimiento al procedimiento judicial, sino en vista de la naturaleza del hecho delictivo. Así pues, el fuero de guerra o esfera de competencia jurisdiccional de los tribunales militares, surge o tiene lugar cuando se trata de delitos o faltas del orden militar. El fuero de guerra es primordialmente un fuero de carácter real o material, implicando la competencia los tribunales militares para conocer de los delitos y faltas de tipo militar. Sin embargo, dicho fuero no deja de ser, paralelamente, de índole personal, pues para que se surta dicha competencia, se requiere que el autor del delito o falta militar sea miembro del ejército. Por tanto, debe concluirse que el fuero de guerra es mixto, o sea real, desde el punto de vista de la naturaleza del hecho que sustenta, y personal, en cuanto que sólo es operante respecto a los militares por los delitos y faltas que cometan contra la disciplina militar".⁶⁰⁶

La anterior postura doctrinaria se refleja en un criterio de la Suprema Corte de Justicia que en esencia establece que "no obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición de establecimientos de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación. En efecto, al establecer el artículo 13 constitucional la subsistencia del fuero de guerra, en tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, se refiere

⁶⁰⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. cit. Pág.287.

a la aplicación en estos supuestos, de leyes distintas por tribunales militares. De esta forma no debe existir, fuera del ámbito militar, ningún tribunal distinto de los ordinarios que privilegie a determinada persona o corporación."⁶⁰⁷

En conclusión de esta parte, el término “fuero de guerra”, debe desaparecer de la redacción del artículo 13 constitucional. Debe ser sustituido por un concepto más adecuado como lo sería el de jurisdicción militar. Es conveniente evita usar el término “fuero”, que trae aparejada la idea de privilegio, situación completamente contraria a la realidad. Si bien se trata de un término jurídico muy preciso, en la opinión pública del pueblo de México, el concepto no es bien acogido. Sin duda es una percepción equivocada, pero no debemos perder de vista que la Constitución es un texto político y que su contenido no solamente debe cuidar el fondo, sino también la forma de su redacción. Quedar sometido al régimen militar y a todo lo que ello implica, es todo menos un privilegio. Impone al sujeto pasivo una serie de limitaciones en perjuicio de su condición jurídica. Al militar, por el solo hecho de serlo, se le restringen sus derechos fundamentales y el régimen de disciplina que norma su vida, altera la escala de valores que tutela el derecho a favor de los civiles.

Enseguida analizaremos un problema que se presenta en la práctica derivado de la redacción del artículo 13 constitucional: "Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda". Ello apunta a la posibilidad de que respecto de un mismo hecho puedan resultar competencias jurisdiccionales diversas. Por una parte los tribunales militares y por otra los comunes. Ante situaciones de inminente resolución, se dicta un auto de formal prisión y eventualmente se declina la competencia. No debe haber sentencias contradictorias ni dividirse la continencia de la causa, menos aún otorgar trato desigual entre los copartícipes del hecho, en razón de la personalidad de los sujetos activos.

⁶⁰⁷ tesis CXXXVI/97 emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada celebrada el 25 de agosto de 1997, al resolver el amparo directo en revisión 698/96, promovido por Emilio Ocejo Gutiérrez y otro. "FUERO. SU PROHIBICION EN EL ARTÍCULO 13 CONSTIUCIONAL IMPLICA LA PROSCRIPCION DE JURISDICCIONES y ESFERAS COMPETENCIALES DISTINTAS, EN FUNCION DE LA SITUACION SOCIAL DE DETERMINADA PERSONA O CORPORACION.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar esta parte del artículo 13 constitucional, estableció lo siguiente: “El artículo 13 constitucional, prohíbe que un civil sea juzgado por tribunales militares, en cualquier caso, y manda que las personas que pertenezcan al ejército, deben ser enjuiciados ante los tribunales del fuero de guerra; por lo cual dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que concurren en la comisión de un delito del orden militar, civiles y militares, las autoridades judiciales, comunes o federales, deben conocer del delito cometido por los civiles, y las autoridades del fuero de guerra, del que se imputa a los militares”.⁶⁰⁸

La mejor interpretación del artículo 13 de la constitución, la encontré en una tesis jurisprudencia de quinta época, que transcribiré enseguida: “Debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes históricos, se ve que el fuero militar, hasta antes de la independencia de nuestro país, no se limitaba a la jurisdicción concedida a tribunales especiales para juzgar a miembros del ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que establecían privilegios y exenciones tanto en materia criminal como en materia civil, a favor de los militares y aún a los miembros de sus familias. Consumada la independencia, como cada uno de los miembros políticos que le sucedieron y que tendieron a la organización del país, estuvo apoyado por medio de las armas, de ahí se originó el que la situación del ejército continuara siendo preponderante, lo cual tuvo por resultado que la Constitución de 1824 dejara subsistentes los fueros de la milicia, hasta que los constituyentes de 1857, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que uno de los principales responsables de las perturbaciones del país, había sido el ejército, pusieron fin a sus privilegios, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución que subsistía el fuero de guerra sólo para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, dejando a las leyes secundarias el trabajo de fijar con claridad, los casos de esta excepción. De esta manera se consideraron que el fuero de guerra no constituía ya un privilegio; pero como no obstante, la actuación del ejército continuó siendo opresora de la libertad, puesto que su organización misma estaba basada en el reclutamiento forzoso, el sentimiento de hostilidad general contra esta institución no desapareció, y al contrario, se exacerbó por la conducta observada por el mismo ejército, durante el gobierno del General Victoriano

⁶⁰⁸ Jurisprudencia número 900, visible en la página 1477 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, "FUERO DE GUERRA, COMPETENCIA DEL.

Huerta; lo que trajo por consecuencia que la revolución triunfante procurara la absoluta desaparición del fuero militar, temiendo que cualesquiera que fuera la atenuaciones que se hicieran al sistema entonces establecido, resurgiera el antiguo militarismo. Existía por tanto una impresión general desfavorable para las instituciones militares, en cuanto representan abuso de fuerza o situación privilegiada de alguna clase, por lo cual, los constituyentes de 1917 no creyeron bastante la redacción del artículo 13 de la Constitución de 1857 y lo reformaron en el sentido de que: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar, estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda." La comparación entre los preceptos concordantes de las constituciones de 1857 y 1917, pone de relieve la marcada tendencia a restringir, hasta casi hacerlo desaparecer, el fuero de guerra, y si se le tolera en la actualidad, es porque se juzga necesario para mantener la disciplina en el ejército, opinión que no es unánime. De acuerdo con el texto de la constitución vigente, para que el fuero de guerra subsista, se necesitan dos condiciones: que se haya cometido un delito militar, según características que la ley señala, y que el que lo haya cometido sea un miembro del ejército; pero puede suceder que en un delito militar estén complicados paisanos y entonces se ofrecían al legislador constituyente tres caminos para establecer la competencia: I. Concederla a los tribunales militares; II. Concederla a los tribunales civiles y, III. Concederla a unos y otros, simultáneamente, para que los primeros juzgaran a los militares y los segundos a los paisanos. Pero estudiando el artículo 13 constitucional, se deduce que no se optó por el primer camino, puesto que terminantemente se expresa que los tribunales militares en ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército; ni tampoco por la tercera vía, porque estando en pugna con la doctrina universalmente reconocida, de que en ningún procedimiento judicial es conveniente que se divida la continencia de la causa. La circunstancia de que el artículo 13 no lo mande expresamente, bastaría por sí sola para hacer inaplicable tal práctica, puesto que las leyes que establecen excepciones generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; más aún el simple análisis de la expresiones gramaticales del artículo que se comenta, lleva a esta deducción, pues dice: Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la palabra complicado, sólo puede connotar, en la materia de que se trata, la idea de concurrencia de responsables diversos en

la comisión de un delito; pluralidad de responsables que es precisamente la que determina ese tercer caso en que puede encontrarse un delito militar y que viene a indicar que el legislador sí lo tuvo en cuenta para establecer la competencia y que optó por el segundo de los caminos antes enunciados, estableciendo que debe ser la autoridad civil quien ha de conocer del proceso. Existe en el mismo caso en el artículo 13, otra palabra cuyo empleo viene en apoyo de las ideas expuestas y es la palabra “**caso**”. Su significado en el lenguaje ordinario es, suceso, acontecimiento, asunto que se propone a alguno para consultarle y oír su opinión y en el lenguaje forense en la legislación española se llama "Caso de corte, la causa civil o criminal que, por sus condiciones jurídicas podía radicarse, desde luego, ante determinado tribunal, aún sacándola de su fuero o del domicilio de los litigantes. Dados éstos antecedentes, tal palabra en el artículo 13 constitucional, no puede tener otra significación que la de acontecimiento originador del hecho delictuoso, del que debe conocer la autoridad civil, según ordena el citado precepto y no la de la responsabilidad del delincuente. La interpretación aceptada por la Corte, en alguna ejecutoria sobre que los tribunales militares debían de conocer del proceso que se instruyera a los miembros del ejército y los civiles del que se abriera contra los paisanos, por razón del mismo delito militar, está en pugna con el principio de derecho, de la no división de la continencia de la causa, que tiende a evitar que, por razón de una misma causa jurídica, se dicten dos fallos contradictorios. Ciertamente es que el Código Federal de Procedimientos Civiles no permite la acumulación de procesos, si se trata de diversos fueros, la que sólo puede llevarse a cabo cuando todos se encuentren en estado de instrucción. Pero cuando el constituyente, precisamente para no dar lugar a la división de la continencia, designó a las autoridades civiles para conocer de los procesos militares en que están inodados paisanos, no hay motivo alguno para que se sigan distintos procedimientos. De no aceptarse esta teoría, se imputarían al constituyente las siguientes faltas: I. Desconocimiento del lenguaje, por no haber usado con propiedad las palabras “**complicado**” y “**caso**”; II. Faltas de previsión, por establecer una regla para cuando los delitos del orden militar fueren cometidos conjuntamente por paisanos y militares; III. Redundancia, al establecer, en la parte final del artículo 13 el mandato sobre que los tribunales militares no son competentes para juzgar a los paisanos; y IV. Repudiación de la teoría legal de la no división de la continencia de la causa. En esa virtud debe concluirse: Que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras del texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un

paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del ejército y las autoridades civiles, al paisano; y por tanto, son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos; pero debe advertirse que el conocimiento corresponde a los jueces civiles, con el simple carácter de auxiliares de la justicia federal, porque tratándose de la aplicación de leyes militares que tienen el carácter de leyes federales, a los jueces de distrito corresponde el conocimiento del proceso, según lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación."⁶⁰⁹

Finalmente el lenguaje y los conceptos usados en el artículo 13 constitucional, son arcaicos y no afines al uso idiomático contemporáneo.

La redacción del precepto constitucional refleja anacronismos terminológicos, que se han arrastrado desde la formación del Estado mexicano. ¿Por qué razón no se ha actualizado ni el contenido ni los términos usados en el artículo 13 constitucional? Una posible explicación sería que a los militares se les ha dejado el manejo de su parcela constitucional, sin interferencia de la modernidad jurídica. Modificar los conceptos pudiera dar noticia de que se pretende penetrar el mundo castrense y provocaría reacciones no convenientes en estos momentos en que la seguridad nacional y la estabilidad del gobierno, descansan en la lealtad de las Fuerzas Armadas. Enseguida proponemos las más elementales modificaciones a la terminología castrense constitucional y tratamos de aclarar su contenido y alcance normativo.

2. “Jurisdicción Militar” en sustitución de “Fuero de Guerra”

El término “fuero”, trae aparejada la idea de privilegio, situación completamente contraria a la realidad. En efecto, quedar sometido al régimen militar y a todo lo que ello implica, es todo menos un privilegio en términos de beneficios, ya que impone al sujeto pasivo de este régimen, una serie de limitaciones en perjuicio de su condición jurídica y sus derechos humanos. Al militar, por el solo hecho de serlo, se le limitan sus derechos fundamentales y el régimen de disciplina que norma su vida, altera la escala de valores que tutela el derecho a favor de los civiles. En sustitución de “fuero”, el concepto más adecuado es el de jurisdicción militar. La Suprema Corte de Justicia de la nación ha realizado una interpretación del artículo 13

⁶⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación, TOMO XL, Página 1392. Competencia 208/33. Jasso Flores Juan. 12 de febrero de 1934, mayoría de 8 votos.

constitucional, donde se define a la jurisdicción militar en los siguientes términos: “se advierte que el fuero de guerra es una jurisdicción especializada que comprende el conocimiento tanto de los delitos como de las faltas contra la disciplina militar y, por ende, a todas las autoridades legalmente facultadas para intervenir en tales asuntos e imponer las sanciones que correspondan, ya sea penas o correctivos disciplinarios”.⁶¹⁰

3. “Fuerzas Armadas” en sustitución de “Ejército”

El artículo 13 constitucional que se analiza, dispone que: “.... los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al **Ejército**...”

La redacción del precepto es poco afortunada, toda vez que a primera vista podría considerarse que se excluye a los militares que pertenecen a la Fuerza Aérea o la Armada de México, es decir a cualquier otro cuerpo militar que no sea el Ejército. En efecto, tradicionalmente se denomina a las Fuerzas Armadas de tierra como Ejército, a las de mar como Armada y a las de Aire como Fuerza Aérea. Sin embargo al ser poco preciso el texto constitucional mexicano podría considerársele como excluyente del fuero militar a cualquiera que no pertenezca al Ejército, es decir a las Fuerzas Armadas de tierra. El texto vigente en la Constitución de 1857 no comete ese error, ya que no menciona la palabra Ejército; esta parte fue adicionada en 1917, precisamente para limitar la competencia subjetiva de la jurisdicción militar. En opinión de Saucedo López, la exclusión se debió a que en esa época (1916-17), las “instituciones de aire y de mar tenían una existencia incipiente, inclusive no existía fuerza de aire.”⁶¹¹ No comparto lo manifestado por el referido autor, toda vez que la Fuerza Aérea Mexicana fue creada por decreto del 5 de febrero de 1915 del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, con el nombre de Arma de Aviación Militar y su primer comandante fue el Teniente Alberto Salinas Carranza. La aviación militar participó activamente en la Revolución Mexicana, destaca el “primer bombardeo aeronaval del mundo” realizado en “Topolobampo”, Sinaloa, el 14 de abril de 1914, cuando Gustavo Salinas

⁶¹⁰ Tesis de jurisprudencia 153/2004, aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del ocho de octubre de dos mil cuatro.

⁶¹¹ SAUCEDO LÓPEZ, Antonio. Op. cit. pág. 17

Camiña tripulando un avión Martín Pusher modificado llamado Sonora, efectuó lanzamientos de bombas sobre el buque “Guerrero”, acción que dio a la aviación militar un sentido pleno hacia su utilización en el campo de batalla.⁶¹²

Una explicación más simple pero más realista, se basa en que para englobar el concepto general de fuerzas armadas se utilizó el de Ejército. Constituciones como la española se refieren a los Ejércitos de tierra, mar y aire. Se utiliza el concepto de Ejército para asimilar a las tres corporaciones. La comisión redactora consideró suficiente usar este término, considerando que incluía a los diferentes cuerpos militares. La modificación recomendable consistiría en usar el término genérico de Fuerzas Armadas, para englobar a las tres corporaciones tradicionales: tierra (Ejército), mar (Armada) y aire (Fuerza Aérea).

4. “Civil” en sustitución de “Paisano”

El Diccionario define “paisano” como: “Dicho de una persona: Que es del mismo país, provincia o lugar que otra. Hombre que no es militar. De paisano. Dicho de vestir los militares o los eclesiásticos: con ropa distinta al uniforme o al hábito.”⁶¹³

Civil se define como: “perteneciente a la ciudad, o a los ciudadanos. Que no es militar o eclesiástico o religioso. Se dice de las autoridades laicas y de sus funciones en oposición a las de la Iglesia como también por contraste con las propias de la organización militar.”⁶¹⁴ Quizá este sea el concepto que provoca menos confusión en la redacción del precepto constitucional que se comenta. Lo que se pretende significar es el ámbito subjetivo jurisdiccional del fuero castrense, que se debe interpretar en sentido restrictivo.

⁶¹² Cfr. Comisión de Defensa Nacional, Senado de la República www.senado.gob.mx

⁶¹³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 1118.

⁶¹⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, Pág. 381.

5. Incompleta e inconvencional configuración constitucional de la jurisdicción penal militar en México.

El esquema de configuración constitucional de la jurisdicción penal militar es una decisión soberana de cada Estado. Sin embargo no puede estar ajena a la tendencia universal de tutela de los Derechos Humanos. En efecto, la sintonía con la interpretación de los tratados regionales o globales de los que sea parte, así como la observancia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales darán legitimidad al modelo seleccionado. La inmediata difusión de las ideas y nuevas tendencias obligan a una actualización razonada y frecuente.

Una íntegra y adecuada regulación de los tribunales militares, acorde al derecho internacional de los derechos humanos, es esencial para una correcta administración de justicia, una plena vigencia del derecho a un juicio justo así como para erradicar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos. El ejercicio de la función judicial debe ser independiente e imparcial, libre de interferencias y presiones por parte de los demás poderes públicos, y garante del debido proceso. Es un elemento nuclear para el goce y protección de los derechos humanos y una condición sine qua non para la vigencia del Estado de derecho. De allí que los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, trátase de convenciones o de textos declarativos —tanto de alcance universal como regional—, contienen numerosas disposiciones sobre la administración de justicia. La administración de justicia por tribunales militares no puede estar exenta de lo anterior. Pero no todos los países que conservan una jurisdicción especial en esta materia cumplen con dicha expectativa, particularmente en Iberoamérica. México es uno de ellos.

La jurisdicción castrense mexicana y el espíritu de cuerpo que la ha caracterizado, ha operado como un control sobre el estamento militar, pero también ha propiciado que los órganos del fuero militar se conviertan en instrumentos del poder militar frente a la autoridad civil. La percepción de la sociedad mexicana en la última década es que los tribunales militares sustraían a los miembros de las Fuerzas Armadas y a las instituciones militares del imperio del derecho y del escrutinio público. Fue reciente la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar (13 de junio del 2014) para sustraer del fuero castrense, los delitos cometidos por militares que afecten los Derechos Humanos de civiles. Tema que abordaré con amplitud en este epígrafe.

Los tribunales militares mexicanos plantean serios desafíos en materia de: independencia judicial y separación de poderes. La jurisprudencia internacional es reiterativa en afirmar que los tribunales militares deben reunir las mismas características de independencia, imparcialidad y competencia inherentes a todo tribunal de justicia y sus procedimientos deben asegurar las garantías judiciales tocantes al debido proceso legal. Asimismo, el derecho internacional ha delimitado el ámbito material y personal de los tribunales militares: se trata de un fuero funcional, reservado a militares por la comisión de delitos que atentan contra bienes jurídicos de naturaleza militar. No hay razón válida, para sustraer de la jurisdicción ordinaria a un militar que comete un hecho ilícito definido como tal en la legislación penal común.

El derecho internacional de los derechos humanos tiene como propósito central lograr que los Estados asuman la obligación de adecuar su legislación interna a los parámetros de regularidad en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos. La jurisdicción penal militar no escapa a ello.

El sistema de jurisdicción penal militar establecido por el artículo 13 de la Constitución mexicana y por el Código de Justicia Militar plantea serios y graves problemas de compatibilidad con el marco jurídico establecido por el derecho internacional en materia de administración de justicia por tribunales militares.

La jurisdicción penal militar mexicana establece un fuero militar de casta contrario a la noción de fuero funcional, establecida por el derecho internacional e inherente a un Estado constitucional y democrático de derecho. En este sistema, el Ejecutivo federal así como el alto mando militar, intervienen en los asuntos judiciales, lo cual es contrario a elementales principios del Estado de derecho, como el de separación de poderes e independencia de los órganos de justicia.

Se requiere una profunda y sustancial reforma de la jurisdicción penal militar encaminada a garantizar que la jurisdicción penal militar mexicana sea compatible con la noción de fuero funcional y las normas del derecho internacional en materia de administración de justicia. Los objetivos de esta reforma deberán ser los siguientes:

- garantizar la independencia e imparcialidad de sus órganos encargados de administrar justicia militar;

- los tribunales militares sean una jurisdicción especializada, en sede judicial;
- restringir el ámbito de esta jurisdicción a los delitos que vulneren bienes jurídicos típicamente militares;
- establecer claros criterios en materia de delitos de función, de conformidad con los estándares internacionales;
- eliminar todo tipo de interferencia del Poder Ejecutivo o del mando militar en los procesos penales militares;
- configurar un órgano persecutor de los delitos militares que conduzca las investigaciones de forma imparcial e independientes;
- garantizar que los procedimientos penales militares observen las garantías judiciales inherentes al debido proceso legal

De todos los aspectos que se indican en este listado adolece la jurisdicción militar en México. Por ello sostengo que su configuración constitucional y legal es insuficiente e inconvencional.

En efecto, el análisis de la jurisdicción penal militar debe hacerse a la luz de las normas y estándares internacionales de derechos humanos, para establecer su compatibilidad con las prescripciones del derecho internacional en materia de una recta administración de justicia. La jurisdicción penal militar, en tanto órgano que administra justicia, debe observar las prescripciones del derecho internacional en materia de administración de justicia.

En términos generales, el núcleo de la cuestión gira en torno a determinar si la justicia penal militar reúne las condiciones establecidas por los principios y normas internacionales. Los órganos castrenses jurisdiccionales deben mostrar independencia, imparcialidad y profesionalismo. Verificar si está garantizado el debido proceso, respetando los derechos de justiciables. Finalmente el ámbito de competencia de la justicia militar debe estar en consonancia con las prescripciones del derecho internacional.

Los indicadores para verificar la suficiencia y legitimidad conforme al derecho de la convencionalidad se establece a partir de los principios generales sobre la administración de justicia, que son los siguientes:

- principio de separación de poderes;

- principio de independencia e imparcialidad de la función judicial, y los órganos que administran justicia;
- principio del tribunal competente, o principio del juez natural; y
- debido proceso, condición esencial prescrita por el derecho internacional.

Al realizar una ponderación de cada aspecto en relación al esquema de justicia militar mexicano, anticipo que la inconvencionalidad de la justicia militar mexicana se refleja en cada uno de estos aspectos.

Comenzando por el **principio de separación de poderes**, al que se le considera indiscutiblemente como la base para la existencia de una administración de justicia independiente e imparcial, además de ser un elemento inherente conformador del Estado de derecho.

El Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, Param Cumaraswamy, ha destacado que “el principio de la división de poderes es la base de los requisitos de la independencia e imparcialidad del poder judicial. El entendimiento y respeto al principio de la división de poderes es indispensable para un Estado democrático”.⁶¹⁵ En ese orden de ideas, precisó que “los requisitos de independencia e imparcialidad de la justicia son universales y se basan tanto en el derecho natural como en el positivo. En el plano internacional las fuentes de este último derecho radican en los compromisos convencionales, las obligaciones consuetudinarias y los principios generales del derecho. Los principios fundamentales de la independencia y la imparcialidad de la justicia son ‘principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas’ en el sentido del inciso c del párrafo 1º del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”⁶¹⁶ El Relator Especial citado concluyó que la noción general de justicia, tal como está concebida en la Carta y en los trabajos de las Naciones Unidas, comprende el respeto a los derechos humanos y está condicionada por la independencia y la imparcialidad de la justicia como medio para proteger los derechos de la persona humana.

⁶¹⁵ Cfr. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/39, párrafo 55. http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/docs_csd18.htm

⁶¹⁶ Idem., párrafos 32 y 34

Por otra parte, el Relator Especial sobre la Administración de justicia por tribunales militares, Emmanuel Decaux señalado que “el principio de la separación de poderes corre parejo con la exigencia de garantías legales establecidas al más alto nivel de la jerarquía normativa, por la Constitución o por la ley, evitando toda injerencia del poder ejecutivo o de la autoridad militar en el funcionamiento de la justicia.”⁶¹⁷

En la sentencia del caso Tribunal Constitucional contra Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces.”⁶¹⁸ Por tanto, la Corte de San José considera necesario que “se garantice la independencia de cualquier juez en un estado de derecho”⁶¹⁹. Asimismo, “el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. [...] el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.”⁶²⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que “el requisito de independencia, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e

⁶¹⁷ DECAUX, Emmanuel. “La administración de justicia por los tribunales militares.” Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/58 del 13 de enero de 2006, párrafo13. Cfr. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm>

⁶¹⁸ Sentencia pronunciada en el caso Tribunal Constitucional c. Perú, del 31 de enero de 2001 Serie C No 71, párrafo73. http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/Jurisprudencia_Search_avan.cfm?lang=es&nId_Estado=30

⁶¹⁹ Idem., párrafo 75.

⁶²⁰ Sentencia pronunciada en el caso Reverón Trujillo contra Venezuela, del 30 de junio de 2009, Serie C No 197, párrafo68. http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/Jurisprudencia_Search_avan.cfm?lang=es&nId_Estado=30

independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada.”⁶²¹

La constante de estos señalamientos es que el ejercicio de la función jurisdiccional conlleva que sea ejercida por una autoridad independiente, objetiva e imparcial respecto de las cuestiones que tiene que abordar. De igual manera, se advierte que el principio de independencia de los órganos encargados de administrar justicia implica que estén libres de toda injerencia del Poder Ejecutivo y se ubiquen en sede Judicial. En ese orden de ideas, la falta de claridad en la delimitación de las competencias respectivas de las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales o aquellas situaciones en las que el Poder Ejecutivo puede controlar o dirigir al Poder Judicial son incompatibles con el concepto de un tribunal independiente e imparcial y puede poner en peligro el estado de derecho y la aplicación de una política coherente de derechos humanos. En ese sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.⁶²²

Asimismo, el principio de separación de poderes, especialmente en lo que atañe a la función jurisdiccional, está reafirmado en instrumentos internacionales tales como: Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura⁶²³ y la Carta Democrática Interamericana.⁶²⁴

⁶²¹ Informe Terrorismo y Derechos Humanos, Documento oea/Ser.L/v/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 229. <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/introduccion.htm>

⁶²² Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, “Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, párrafo 18. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

⁶²³ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. El Principio No1 prescribe que “la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”.

⁶²⁴ Aprobada el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. El Artículo 3, que “son elementos esenciales de la democracia

El culmen del principio de separación de poderes, consiste en que solamente los órganos judiciales del Estado están habilitados para impartir justicia. Deberán estar creados mediante una ley en sentido formal y material conforme a los procedimientos legislativos ordinarios establecidos en la Constitución. De esta manera lo ha reiterado el Comité de Derechos Humanos al precisar que incluso en tiempos de guerra o en estado de urgencia: “solo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito.”⁶²⁵

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “en un Estado constitucional y democrático de derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena establecida en la ley debe ser impuesta judicialmente y tras haberse establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio justo con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado para desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un ius puniendi arbitrario y sin límites.”⁶²⁶

El **principio de independencia e imparcialidad de la función judicial**, consiste en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente. Este derecho está íntimamente vinculado con el derecho a la igualdad ante los tribunales. Ambos no son solamente derechos humanos sino también principios esenciales y característicos de una recta administración de justicia. Como lo señaló en 1985 el Relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, Singhvi, “los principios de imparcialidad e independencia constituyen en todos los Estados los rasgos distintivos del fundamento y la legitimidad de la función judicial. Los conceptos de imparcialidad e independencia del poder judicial postulan tanto atributos individuales como condiciones institucionales. [...] la imparcialidad e

representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] la separación e independencia de los poderes públicos”.

⁶²⁵ Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/ 21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 16.

⁶²⁶ Informe N° 49/00, Caso 11.182, Rodolfo Gerbert, Ascencio Lindo y otros c. Perú, 13 de abril de 2000, párrafo 86.

independencia del poder judicial no son tanto privilegios del poder judicial como derechos humanos de los destinatarios de la justicia.”⁶²⁷

La jurisprudencia internacional ha concluido que el derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.⁶²⁸ La noción de independencia de la justicia implica necesariamente que todo tribunal o juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, lo cual supone que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del Estado y deben permanecer libres de influencias o presiones de cualquiera de las demás ramas del poder público u otro sector.⁶²⁹ Así, las situaciones en que las funciones y competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero, son incompatibles con el concepto de un tribunal independiente e imparcial.⁶³⁰

Uno de los aspectos esenciales de la independencia de los tribunales es que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales y no tengan ningún tipo de subordinación o dependencia jerárquica o funcional respecto a los demás poderes, en particular el Ejecutivo. La noción de imparcialidad está referida a la ausencia de prejuicio, de animadversión o de simpatía por

⁶²⁷ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/18, párrafo 75.

⁶²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No 32, Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párrafo 19 y Dictamen de 28 de octubre de 1992, Comunicación N° 263/1987, González del Río c. el Perú, párrafo 5.2; y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Terrorismo y Derechos Humanos, documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 octubre 2002, párrafo 261.

⁶²⁹ Ver los Principios básicos sobre la independencia de la judicatura, Principios 1, 2, 3 y 4; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de junio de 2009, Caso Reverón Trujillo c. Venezuela, Serie C No 197; Tribunal Europeo Derechos Humanos, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Refinerías de Stran Greek y Stratis Andreadis vs. Grecia, Caso N° 22/1993/417/496 y Sentencia de 16 de julio 1971, Ringeisen vs. Austria.

⁶³⁰ Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 20 Octubre de 1993, Comunicación N° 468/1991, Caso Ángel N. Oló Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párrafo 9.4, Documento de la onu ccpr/c/49/D/468/1991, 10 de noviembre 1993. Ver igualmente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, oea/Ser.L/v/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002, párrafo 229.

una de las partes. La jurisprudencia internacional revela que la imparcialidad de los tribunales debe ser examinada tanto desde una perspectiva subjetiva como desde una objetiva.⁶³¹ No es suficiente que el tribunal y el juez sean imparciales de hecho, también deben ser percibidos como tales. Un tribunal o un juez sólo pueden ser considerados imparciales si reúnen las condiciones de imparcialidad tanto subjetivas como objetivas. Al respecto, la Corte de San José ha señalado “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. [...] la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello, puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho.”⁶³²

El **principio de tribunal competente y el principio del juez natural**, consisten en el derecho a ser juzgado o a que los derechos sean determinados por un tribunal competente es un derecho reconocido universalmente y amparado por el derecho internacional. El principio del “tribunal competente” es igualmente conocido como principio del juez natural o juez ordinario predeterminado y constituye una garantía fundamental del derecho a un juicio justo y uno de elementos del derecho

⁶³¹ Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 23 de octubre de 1992, Comunicación 387/1989, Caso Arvo O. Karttunen c. Finlandia. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela, Serie C No 182. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 78/02, Caso 11.335, Guy Malary c. Haití, de 27 de diciembre de 2002; Informe N° 17/94, Guillermo Maqueda c. Argentina, oea/Ser. L/v/ii.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994; e Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, oea/Ser.L/v/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. de 22 octubre 2002. Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sentencia de 1° de octubre de 1982, caso Piersack v. Bélgica; Sentencia de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt c. Dinamarca;

⁶³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela, Serie C No 182, párrs. 55 y 56.

penal contemporáneo. Este principio significa que nadie puede ser juzgado sino por un tribunal o juez ordinario, preconstituido y competente. Asimismo, este principio tiene por corolario la prohibición de los tribunales de excepción, ad hoc, extraordinarios, ad personam, ex post facto y especiales. Igualmente, el principio del juez natural tiene su fundamento en los principios de igualdad ante la ley y de igualdad ante los tribunales. El principio del juez natural está consagrado expresamente por varios instrumentos internacionales.

Por ejemplo, el Principio 5 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura establece que “Toda persona tiene el derecho de ser juzgada por las jurisdicciones ordinarias de conformidad con los procedimientos legales establecidos”.⁶³³ El principio ha sido ampliamente reafirmado por la jurisprudencia interamericana.⁶³⁴ La Corte de San José ha precisado al respecto que el principio del juez natural permea todo el procedimiento judicial, esto es, debe observarse en todas las etapas del proceso, tanto en 1ª Instancia como en 2ª instancia.⁶³⁵

El principio del juez natural remite, obviamente, al concepto de la competencia del tribunal legalmente establecida. El ámbito de competencia legal del juez está delimitada por los factores territoriales, materiales,

⁶³³ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante las resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

⁶³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1997, documento OAE/Ser. I/v/ii.98, Doc. 6, de 17 febrero 1998, Capítulo VII “Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Recomendación “1. La Comisión recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas tendientes a mejorar la administración de justicia en sus respectivas jurisdicciones”. Sobre el principio del juez natural ver igualmente: Informe N° 50/00 de 13 de abril de 2000, Caso 11/298 Reinaldo Figueredo Planchart c. República Bolivariana de Venezuela; e Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, documento oae/Ser. I/v/ii.77.rev.1, Doc. 18, de 8 mayo 1990, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento oea/Ser. I/v/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 230; Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petruzzi y Otros c. Perú, Serie C No 52, párrs. 129 y 161.

⁶³⁵ Sentencia de 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) c. Venezuela, Serie C No 182, párrafo 161.

personales y temporales establecidos por la ley. Sin embargo, no se puede reducir el principio del juez natural a un concepto formal o legalista, so pena de vaciarlo de su contenido. Como lo indica la Corte Interamericana, “la existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley, [...] el juez natural es un concepto, que desde el punto de vista del derecho internacional, necesita satisfacer los requisitos del Artículo 8, entre otros, de la Convención Americana”.⁶³⁶

Jurisdicciones especializadas y juez natural. Este principio del juez natural y su corolario relativo a la prohibición de los tribunales de excepción y especiales, no niega la existencia de jurisdicciones especializadas. Si bien el principio del juez natural tiene su fundamento en los principios de igualdad ante la ley y de igualdad ante los tribunales, que requiere que las leyes no sean discriminatorias ni sean aplicadas de manera discriminatoria por los jueces. Esto no es incompatible con la existencia de jurisdicciones especializadas. La jurisprudencia internacional reconoce que “el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias.”⁶³⁷ Este tratamiento diferencial sólo es admisible si está basado en criterios razonables y objetivos, de lo contrario se configura una violación del derecho a la igualdad ante los tribunales y a ser juzgado por un tribunal competente con las garantías del debido proceso. Bajo el derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicciones especializadas o distintas a la jurisdicción ordinaria sólo son legítimas y legalmente válidas si existen motivos razonables y objetivos que justifiquen su existencia. Dentro de los motivos razonables y objetivos aceptados, la jurisprudencia internacional ha identificado dos: la especial condición jurídica y/o vulnerabilidad del justiciable que requiere una protección especial, como son los indígenas y los menores de edad; y la especificidad de la materia, como son los delitos estrictamente militares.

Por lo tanto, en materia penal y de manera excepcional, la existencia de tribunales o jurisdicciones especializadas para ciertos sujetos, como los

⁶³⁶ Sentencia de 30 de mayo de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, párrafo 125 (c).

⁶³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Serie A No 4, párrafos 56-57.

indígenas y los menores de edad, es reconocida por el derecho internacional y está consagrada en diversos instrumentos internacionales.

6. La jurisdicción penal militar en México no cumple los principios rectores de la administración de justicia

Como se señala en el encabezado, la justicia castrense mexicana no cumple con los estándares que establecen el derecho internacional y las convenciones multilaterales del sistema universal y americano de Derechos Humanos. En efecto, los indicadores para verificar la suficiencia y legitimidad así lo demuestran. Al confrontar la legislación castrense mexicana ello quedará plenamente evidenciado.⁶³⁸ El escenario autárquico de justicia militar centrado en el mando donde se ubican los órganos de la justicia castrense mexicana y su especial configuración constitucional y legal impiden que se respeten los principios de separación de poderes, independencia, imparcialidad e inamovilidad de los funcionarios judiciales y el principio de competencia y juez natural predeterminado.

Asimismo la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó un Informe de la administración de justicia por los tribunales militares, presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux. Destaca que "la integridad del sistema judicial debe observarse en todo momento". "La evolución de la justicia militar debe situarse dentro del contexto de los principios generales de la buena administración de justicia, que tienen un alcance general." En otras palabras, "la justicia militar debe formar parte integrante del sistema judicial general, para repetir la fórmula tantas veces reiterada por la Comisión de Derechos Humanos. Se trata, pues, de normas mínimas, de carácter universal, que dejan abierta la posibilidad de definir normas más estrictas en el marco interno." "Este hilo conductor ha permitido establecer principios para la administración de justicia por los tribunales militares", de conformidad con la resolución 2003/8 de la Subcomisión. Esos principios tienen su origen en las recomendaciones que figuran en el último informe del Sr. Joinet (E/CN.4/Sub.2/2004, párrafo 29

⁶³⁸ Las leyes y códigos que mencionan pueden ser consultados en la página electrónica del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

y ss.). Han sido completados, ampliados y revisados a la luz de los sucesivos informes y ahora se presentan en su última versión en forma de 20 principios.”⁶³⁹

En esencia dichos principios son los siguientes:

- **Principio N° 1, Creación de órganos judiciales militares por la Constitución o la ley:** Los órganos judiciales militares, cuando existan, sólo podrán crearse por la Constitución o la ley, respetando el principio de la separación de poderes. Los tribunales militares deberían formar parte integrante del sistema judicial general.
- **Principio N° 2, Respeto de las normas de derecho internacional:** Los tribunales militares deberían aplicar, en cualquier caso, las normas y los procedimientos reconocidos en el ámbito internacional en garantía de un juicio imparcial, incluidas las normas del derecho internacional humanitario.
- **Principio N° 3, Declaración del estado de guerra:** En período de crisis, la declaración del estado de guerra o de regímenes de excepción no debe afectar a las garantías procesales. Las disposiciones excepcionales que puedan adoptarse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación” han de respetar los principios de la buena administración de justicia. En particular, la suspensión del régimen de normalidad no debería entrañar la sustitución de los tribunales ordinarios por los tribunales militares.
- **Principio N° 4, Aplicación del derecho humanitario:** En período de conflicto armado, los principios del derecho humanitario, en particular las disposiciones del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, se aplican plenamente a los órganos judiciales militares.
- **Principio N° 5, Incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar civiles:** Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar a civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de

⁶³⁹ Cfr. La administración de justicia por los tribunales militares-Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, Principio 17, párrafo 57. http://www.justiciaviva.org.pe/justicia_militar/archivos/proyecto_principios.pdf

una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles.

- **Principio N° 6, Objeción de conciencia al servicio militar:** La condición de objetar de conciencia debería determinarse bajo el control de un tribunal civil independiente e imparcial, que ofrezca todas las garantías de un procedimiento equitativo, cualquiera que sea la etapa del servicio militar en que se invoque.
- **Principio N° 7, Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años:** Los menores, que pertenecen a la categoría de las personas vulnerables, no deben ser procesados y juzgados si no es con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). En consecuencia, no deberían estar sujetos en ningún caso a la competencia de los órganos judiciales militares.
- **Principio N° 8, Competencia funcional de los órganos judiciales militares:** La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada.
- **Principio N°9, Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos:** En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes.
- **Principio N° 10, Limitación de los efectos del secreto militar:** Las normas que permiten invocar el secreto militar no deberían ser desviadas de su finalidad para entorpecer el curso de la justicia ni menoscabar los derechos humanos. El secreto militar podrá invocarse, bajo la supervisión de órganos independientes de control, cuando sea estrictamente necesario proteger información relativa a la defensa nacional. El secreto militar no podrá invocarse:
 - a. En lo que concierne a las medidas de privación de libertad, que en ningún caso deberían mantenerse en secreto, ya se trate de la identidad o de la localización de personas privadas de libertad;

- b. Para impedir la incoación o realización de diligencias de investigación, el enjuiciamiento o la vista de la causa, sean de carácter penal o disciplinario, o para archivarlas sin más trámite;
 - c. Para denegar a los jueces y autoridades facultadas por la ley para ejercer funciones judiciales el acceso a documentos clasificados y zonas de acceso reservado por razones de seguridad nacional;
 - d. Para impedir la publicación de una sentencia judicial;
 - e. Para impedir el ejercicio efectivo del recurso de habeas corpus y de otros recursos judiciales de naturaleza análoga.
- **Principio N° 11, Régimen de las prisiones militares:** Las prisiones militares deberán ser conformes a lo dispuesto en las normas internacionales, en particular a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y el Conjunto de Principios o Prisión, y ser accesible a los mecanismos de inspección nacionales e internacionales.
- **Principio N° 12, Garantía de hábeas corpus:** Toda persona privada de libertad tendrá, en cualquier caso, derecho a interponer un recurso, como el de hábeas corpus, ante un tribunal, a fin de que éste resuelva sin demora sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si la detención fuere ilegal. El derecho a instar el procedimiento de hábeas corpus o interponer otro recurso judicial de naturaleza análoga deberá considerarse como un derecho de la persona cuya garantía corresponderá, en todos los casos, a la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. En todos los casos, el juez habrá de tener acceso sin excepción a cualquier lugar donde pueda encontrarse la persona privada de libertad.
- **Principio N° 13, Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial:** La organización y el funcionamiento de los órganos judiciales militares deberían garantizar plenamente el derecho de toda persona a un tribunal competente, independiente e imparcial en todas las fases del proceso, de la instrucción al juicio oral y la sentencia. Las personas seleccionadas para desempeñar funciones judiciales en los tribunales militares deberán ser íntegras y competentes, y poseer la formación y las calificaciones jurídicas necesarias. El estatuto de los jueces militares deberá garantizar su independencia e imparcialidad, en especial con respecto a la jerarquía militar. En ningún caso los órganos judiciales militares podrán recurrir a los procedimientos denominados de jueces y fiscales secretos o "sin rostro".

- **Principio N° 14, Publicidad del juicio:** Al igual que en la jurisdicción ordinaria, la regla general es que el juicio debe ser público, y la celebración de vistas a puerta cerrada debería de ser totalmente excepcional y requerir una decisión específica, motivada y recurrible.
- **Principio N° 15, Garantía del derecho de defensa y del derecho a un juicio justo e imparcial:** Se debe garantizar plenamente, en todos los casos, el ejercicio del derecho de defensa ante los órganos judiciales militares. Todo procedimiento judicial ante los órganos judiciales militares debe comprender, en particular, las garantías siguientes:
 - a) Toda persona acusada de una infracción penal se presumirá inocente mientras no se haya probado su culpabilidad conforme a la ley;
 - b) Todo acusado debe ser informado sin demora de los detalles de la infracción que se le impute y gozará, antes del juicio y durante el mismo, de todos los derechos y medios necesarios para su defensa;
 - c) Nadie podrá ser castigado por una infracción penal si no es en virtud de una responsabilidad penal individual;
 - d) Toda persona acusada de una infracción penal tendrá derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas y en su presencia;
 - e) Toda persona acusada de una infracción penal tendrá derecho a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;
 - g) Toda persona acusada de una infracción penal tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - h) Toda declaración o "prueba" que se demuestre que se obtuvo por medio de la tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes, de otras violaciones graves de los derechos humanos o de métodos ilícitos no podrá ser invocada como prueba en ningún proceso;
 - i) Nadie podrá ser declarado culpable de una infracción penal sobre la base de declaraciones anónimas o de pruebas secretas;

- j) Toda persona declarada culpable de una infracción penal tendrá derecho a recurrir el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto ante un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley;
- k) Toda persona condenada será informada, en el momento de la sentencia, de su derecho a recurrir por vía judicial u otra, así como de los oportunos plazos a tal efecto.
- **Principio N° 16, Acceso de las víctimas a la tutela judicial:** Sin perjuicio de los principios relativos a la competencia de los órganos judiciales militares, ningún tribunal militar debería denegar a las víctimas de delitos o a sus causahabientes el acceso a la tutela judicial, incluidas las diligencias de investigación. En los procesos judiciales sustanciados por tribunales militares se debería garantizar el respeto efectivo de los derechos de las víctimas de delitos -o de sus causahabientes- velando, porque éstas:
 - a) Tengan derecho a denunciar los hechos delictivos y a interesar de los tribunales militares la incoación de una causa;
 - b) Tengan un amplio derecho a intervenir en el proceso judicial y puedan participar en el en calidad de partes, ya sea como actor civil, como tercer interviniente o como acusador privado;
 - c) Tengan acceso a recursos judiciales para impugnar las decisiones y sentencias de los tribunales militares que sean desfavorables a sus derechos o intereses;
 - d) Estén protegidas contra malos tratos y actos de intimidación o de represalia que puedan resultar de la denuncia interpuesta o de su participación en el proceso judicial.
- **Principio N° 17, Interposición de recursos ante los tribunales ordinarios:** En todos los casos en que existan órganos judiciales militares, su competencia debería estar limitada a la primera instancia. Por consiguiente, los recursos, especialmente el de apelación, deberían ejercitarse ante los tribunales ordinarios. En todos los supuestos, el control de legalidad debe quedar en manos de la suprema instancia de la jurisdicción. Los conflictos de competencia y de jurisdicción entre tribunales militares y tribunales de la jurisdicción ordinaria deberían ser resueltos por un órgano judicial superior perteneciente a la jurisdicción ordinaria, integrado por magistrados independientes, imparciales y competentes, como el tribunal supremo o el tribunal constitucional.
- **Principio N° 18, Obediencia debida y responsabilidad del superior:** Sin perjuicio de los principios relativos al ámbito de competencia de los órganos judiciales militares:

- a) No se podrá invocar la obediencia debida para exonerar a un militar de la responsabilidad penal individual en que haya incurrido por la comisión de violaciones graves de los derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad;
- b) El hecho de que una violación grave de los derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura o crímenes de guerra o de lesa humanidad, haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal a sus superiores si éstos no hicieron uso de los poderes de que estaban investidos para impedir su comisión o para ponerle fin, si poseían información que les permitiera concluir que se estaba cometiendo o se iba a cometer dicha grave violación.
- **Principio N° 19, Exclusión de la pena de muerte:** Los códigos de justicia militar deberían reflejar la evolución del derecho internacional a favor de la abolición progresiva de la pena de muerte, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.
- **Principio N° 20, Revisión de los códigos de justicia militar:** Los códigos de justicia militar deberían ser objeto periódicamente de una revisión sistemática, realizada con independencia y transparencia, para velar porque las competencias de los tribunales militares respondan a una estricta necesidad funcional, sin invadir las competencias que pueden y deben corresponder a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Todos los principios enunciados son congruentes con el propósito de la jurisdicción penal militar, que consiste en mantener el espíritu de cuerpo y tutelar los bienes jurídicamente relevantes para el cumplimiento de las misiones constitucionalmente encomendadas a las Fuerzas Armadas. Abonan a la tutela de los derechos fundamentales de los militares, aún dentro del régimen de limitaciones propios de la función castrense. Enunciados los principios que conforme a los criterios internacionales debe respetar la impartición de justicia militar, me referiré a ellos para confrontar la justicia militar mexicana, a partir de su marco jurídico. Los principios 1, 2, 5, 11 y 20, ya han sido considerados en epígrafes anteriores.

El principio de separación de poderes no se respeta, toda vez que los tribunales militares se ubican en sede ejecutiva y específicamente incardinados a la Secretaría de la Defensa Nacional. Esta dependencia del poder ejecutivo funciona realmente como “Cuartel General de las Fuerzas Armadas” con una estructura jerárquica que comprende niveles de mando.

Es más se encuentran subordinados al mando militar. El “Mando Supremo” de las Fuerzas Armadas en cuestiones de justicia militar corresponde al Presidente de la República, a quien la ley otorga el carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Este lo ejercerá por sí o a través del Secretario de la Defensa Nacional. El Alto Mando lo ejerce el Secretario de la Defensa Nacional, el cual será un General de División del Ejército, a quien con objeto de establecer distinción respecto del resto de militares del mismo grado, se le denominará solamente General. Estos dos funcionarios, particularmente el segundo, son quienes deciden todo lo relativo a la operación de los órganos que integran el fuero militar.⁶⁴⁰

A diferencia de lo que ocurre con las jurisdicciones especiales, los tribunales militares están integrados en su totalidad por personal militar por disposición expresa de la ley⁶⁴¹. Todos están subordinados al mando militar como personal de la Secretaría de la Defensa Nacional y sometidos a los principios de jerarquía, disciplina y obediencia. Desde luego ello es contrario a la esencia del ejercicio de la función jurisdiccional.

Los Órganos del Fuero de Guerra conocerán de los delitos en los términos que establece el Código de Justicia Militar. Están integrados por el Supremo Tribunal Militar, la Procuraduría General de Justicia Militar y el Cuerpo de Defensores de Oficio.⁶⁴² En los primeros artículos del Código de Justicia Militar y de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares, se establece que la justicia militar se administra:

I.- Por el **Supremo Tribunal Militar**, que se compone de un presidente, General de Brigada, militar de guerra y cuatro magistrados letrados, Generales de Brigada de servicio o auxiliares. También tendrá un secretario de acuerdos, General Brigadier, uno

⁶⁴⁰ Cfr. **artículos 10, 11 y 16** de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

⁶⁴¹ Artículo 5 Ley Orgánica de los Tribunales Militares.- El personal de los Tribunales Militares, estará sujeto, en lo que le concierna, a las leyes, reglamentos y disposiciones del Ejército, considerándose a los que lo integren, como Militares de Servicio, siendo su carrera profesional y permanente, como la de los de Guerra. Es facultad del Ejecutivo, determinar la jerarquía militar que a cada cargo o empleo corresponda.

⁶⁴² Cfr. **artículos 27 y 28** de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

auxiliar, Coronel, tres oficiales Mayores y los subalternos que las necesidades del servicio requieran.⁶⁴³

II.- Por los **Consejos de Guerra Ordinarios**, que se integrarán con militares de guerra y se compondrán de un presidente y cuatro vocales; el primero con grado de General o de Coronel y los segundos desde el de Mayor hasta Coronel.⁶⁴⁴ Si el delito imputado al reo fuese propio de sus funciones técnicas, uno de aquellos por lo menos, será escogido de la manera señalada en este mismo precepto entre los del cuerpo técnico correspondiente.⁶⁴⁵

III.- Por los **Consejos de Guerra Extraordinarios**, que se compondrá de cinco militares que deberán ser por lo menos oficiales, y en todo caso, de categoría igual o superior a la del acusado. El jefe que deba convocar el consejo de guerra extraordinario, hará formar una lista en que consten los nombres de todos los militares de guerra de la graduación correspondiente, que estén bajo su mando y disponibles para ese servicio y sorteará de entre esa lista los cinco miembros mencionados.⁶⁴⁶

IV.- Por los **Juzgados Militares**, que se compondrán de un juez, General Brigadier de servicio, o auxiliar, un secretario, Teniente Coronel de servicio o auxiliar, un oficial Mayor y los subalternos que sean necesarios.⁶⁴⁷

Cabe destacar que este servicio es el único en el que participa personal de todos los cuerpos que integran el instituto armado, es decir del Ejército, Fuerza Aérea y Armada. En los demás servicios y misiones a su cargo, cada entidad de las Fuerzas Armadas opera de manera autónoma.

⁶⁴³ Véanse los artículos 3 y 5 del Código de Justicia Militar; 6, 9, 11, 12 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares.

⁶⁴⁴ Véase los artículos 10 del Código de Justicia Militar; 21 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares.

⁶⁴⁵ Véase los artículos 18 del Código de Justicia Militar y 31 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares.

⁶⁴⁶ Véase el artículo 16 del Código de Justicia Militar.

⁶⁴⁷ Véase los artículos 24 del Código de Justicia Militar; 35, 36 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares.

Inclusive los auxiliares de la administración de justicia militar, son en su mayoría militares en activo. Tal es el caso de la policía judicial militar, los peritos médicos-legistas militares y el jefe del archivo judicial y biblioteca, tal como lo dispone la legislación militar.⁶⁴⁸

Aunque como toda excepción que confirma la regla, es de observarse que la legislación castrense previene que algunas autoridades civiles, también pueden ser auxiliares de la justicia militar. Tal es el caso de los jueces penales del orden común, los servicios periciales y los intérpretes, que desde luego no tienen la calidad de militares, sin embargo esta circunstancia no afecta la categoría de excepcional que atribuyó a la jurisdicción penal militar.⁶⁴⁹

Los principios de independencia e imparcialidad de la función judicial, son los que con mayor claridad incumple la jurisdicción militar mexicana. Todos los integrantes de los órganos del fuero militar mexicano son militares. Personal de tropa, oficiales, jefes y generales son asignados al servicio de justicia militar por orden del Secretario de la Defensa Nacional. También pueden ser libremente removidos. En efecto, el mando militar puede designar y remover libremente a todos los magistrados del Supremo Tribunal Militar, jueces de instrucción de primera instancia, así como a todo el personal de apoyo.⁶⁵⁰ También designa al Procurador General de Justicia Militar, a sus agentes del Ministerio Público y los agentes de la Policía Ministerial Militar. Al director del Cuerpo de Defensores de Oficio, y a los defensores públicos, también los designa el alto mando militar.⁶⁵¹ En suma,

⁶⁴⁸ Véase el artículo 24 fracciones II, III y IV del Código de Justicia Militar.

⁶⁴⁹ Véase el artículo 24 fracciones I, II y III del Código de Justicia Militar.

⁶⁵⁰ Cfr. Código de Justicia Militar, artículo 27.- Los jueces, el secretario y el personal subalterno de los juzgados, **serán designados por la Secretaría de la Defensa Nacional.** Los jueces residentes en la capital de la República, otorgarán la protesta de ley, ante el Supremo Tribunal Militar, los jueces foráneos, ante el mismo Supremo Tribunal o ante el comandante de la guarnición de la plaza en que deban radicar; el secretario y demás empleados, ante el juez respectivo.

⁶⁵¹ Cfr. Informe de Param Kumaraswamy, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, –Informe sobre la misión cumplida en México en 2001, E/CN.4/2002/72/Add.1 de 24 de enero de 2002, párrafo 78. En <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Judiciary/Pages/IDPIndex.aspx>

“de orden superior”, se puede conformar “a modo” un tribunal para conocer alguna causa penal determinada. Quien manda juzga y lo puede hacer arbitrariamente. Es por ello que este modelo de justicia de mando incide negativamente en la independencia e imparcialidad de los tribunales militares.

No existe un consejo de la judicatura militar que administre la función jurisdiccional militar. Ello ha sido cuestionado por especialistas en el tema como Saucedo López, quien trata el tema y con amplitud⁶⁵². En el medio civil, donde las designaciones de los funcionarios judiciales se realizan ya sea por consejos de la judicatura o con base en propuestas con aprobación de órganos colegiados. Para integrar los órganos jurisdiccionales militares solamente se requiere la determinación del mando superior. Para poder establecer el punto de distinción, se realizará una comparación con órganos jurisdiccionales que se ubican tanto en sede judicial y ejecutiva. Los magistrados de circuito y los jueces de distrito son designados por el Consejo de la Judicatura Federal, “con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley”.⁶⁵³

En el caso de los tribunales militares, las designaciones las realiza el Secretario de la Defensa Nacional, sin que exista un procedimiento específico ni criterios objetivos establecidos por la ley. El presidente y los cuatro magistrados del Supremo Tribunal Militar⁶⁵⁴, así como el Procurador

⁶⁵² Cfr. SAUCEDO LÓPEZ, Antonio. “Los Tribunales Militares en México.” Editorial Trillas, México 2002. En su obra presenta una descripción detallada de la organización de los tribunales militares y los procedimientos de la justicia militar.

⁶⁵³ Artículo 97 Constitucional: Los magistrados de circuito y los jueces de distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley.

⁶⁵⁴ Artículo 7 Código de Justicia Militar.- La Secretaría de la Defensa Nacional nombrará al presidente y magistrados del Supremo Tribunal Militar, por acuerdo del Presidente de la República; los secretarios y personal subalterno del mismo, serán nombrados por la propia Secretaría. La protesta se otorgará por el presidente y los magistrados, ante la referida Secretaría de la Defensa Nacional y por los secretarios y personal subalterno, ante el citado Supremo Tribunal.

General de Justicia Militar⁶⁵⁵, son designados por el Secretario de la Defensa Nacional, por acuerdo del Presidente de la República.⁶⁵⁶ Los jueces, secretarios y el personal subalterno de los juzgados militares, serán designados por el Secretario de la Defensa Nacional⁶⁵⁷; el presidente y los vocales propietarios y suplentes de los Consejos de Guerra Ordinarios, también son nombrados por el Secretario de la Defensa Nacional⁶⁵⁸. Este servidor público perteneciente a la Administración Pública Federal Centralizada, tiene una dualidad de funciones, es secretario de estado, pero ejerce el alto mando del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.⁶⁵⁹ Es precisamente con este carácter con el que realiza los nombramientos de funcionarios judiciales militares. La calidad de alto mando le confiere el ejercicio de esta facultad, que por naturaleza propia lo exime de seguir algún procedimiento para otorgar las designaciones referidas, incluso de dar cualquier tipo de explicación respecto de ellos. Únicamente será responsable en términos del Título Cuarto de la Constitución y de la Ley

⁶⁵⁵ Artículo 14 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.- Son facultades del Mando Supremo: ... II. Nombrar al... Procurador General de Justicia Militar y al Presidente así como a los Magistrados del Supremo Tribunal Militar;

⁶⁵⁶ Artículo 10 Ley Orgánica de los Tribunales Militares.- Los Magistrados y los Secretarios serán designados por el C. Presidente de la República; los últimos a propuesta de la Secretaría de Guerra y Marina.

⁶⁵⁷ Artículo 27 Código Justicia Militar.- Los jueces, el secretario y el personal subalterno de los juzgados, serán designados por la Secretaría de la Defensa Nacional. Los jueces residentes en la capital de la República, otorgarán la protesta de ley, ante el Supremo Tribunal Militar, los jueces foráneos, ante el mismo Supremo Tribunal o ante el comandante de la guarnición de la plaza en que deban radicar; el secretario y demás empleados, ante el juez respectivo. Artículo 37 Ley Orgánica de los Tribunales Militares.- Los Jueces Militares, Secretarios, Oficiales Mayores y demás personal, serán designados por el C. Presidente de la República, a propuesta de la Secretaría de Guerra.

⁶⁵⁸ Artículo 13 Código Justicia Militar.- Tanto el presidente como los vocales propietarios y suplentes de los consejos de guerra ordinarios, serán nombrados por la Secretaría de Guerra y Marina, y mientras tuvieren ese encargo, no podrán desempeñar comisiones del servicio de plaza.

⁶⁵⁹ Artículo 16 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.- El Alto Mando del Ejército y Fuerza Aérea lo ejercerá el Secretario de la Defensa Nacional, el cual será un General de División del Ejército, hijo de padres mexicanos; y que, con objeto de establecer distinción respecto del resto de militares del mismo grado, se le denominará solamente General.

Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La propia ley subordina a los órganos del fuero castrense a la autoridad del Secretario de la Defensa Nacional, para permitirle el cumplimiento de sus funciones como alto mando de las Fuerzas Armadas.⁶⁶⁰ Sin duda esto otorga a los órganos jurisdiccionales militares el carácter de excepcionales, toda vez que se rompe con los principios que informan las estructuras de ejercicio de la función jurisdiccional y los supedita al mando y al cumplimiento de la misión del mando, por lo menos en su estructura orgánica, restándoles autonomía, independencia e imparcialidad.

En consecuencia todas las cuestiones de adscripción, permanencia y remoción de los magistrados, jueces y del personal de la judicatura castrense, es facultad del mando militar. No existe permanencia en el cargo. Los magistrados y jueces militares no son inamovibles. La ley no establece un período para el ejercicio de su encargo, ni tampoco las causas de remoción. No existen exámenes de oposición para acceder a la judicatura y menos para permanecer en el cargo. Las facultades que la ley otorga al mando militar son absolutas e irrestrictas respecto a la administración jurisdiccional militar y al mantenimiento del orden y la disciplina de su personal.

Las necesidades del servicio, incluso provocan que quienes un día son jueces de instrucción penal militar, al día siguiente funjan como agentes del Ministerio Público o defensores de oficio. También es frecuente que sean relevados de la función jurisdiccional, para asesorar al mando. Aunque sean abogados, por su condición de militares están plenamente a disposición y bajo las órdenes del mando, y sujetos a los principios de obediencia, jerárquica y disciplina, propios de la función castrense. La inamovilidad de los funcionarios judiciales es inexistente. La permanencia en los cargos judiciales no tiene una temporalidad determinada en ley. Los jueces militares son nombrados y removidos con frecuencia. No hay carrera judicial en los órganos de administración y procuración de justicia militar. Tampoco especialización ni profesionalización. No es razonable que quien actúa como órgano acusador, también se desempeñe como defensor prácticamente de un momento a otro.

⁶⁶⁰ Artículo 21 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.- El Alto Mando, para el cumplimiento de sus funciones, contará con los siguientes órganos: fracción III.- Órganos del Fuero de Guerra;...

La frecuente rotación del personal, afecta la confiabilidad y legitimidad de las diversas funciones que se desempeñan en el fuero militar. Dada esta gran movilidad, los sueldos varían en función del “nivel”, compensaciones y bonos de riesgo que recibe el funcionario militar, lo que evita que su salario sea irreductible, afectándose con ello uno de los sustentos constitucionales de la autonomía jurisdiccional, que es la irreductibilidad del sueldo que perciben por el desempeño de sus labores.

Frecuentemente se cometen errores procesales que inciden negativamente en el respeto de los derechos fundamentales de los justiciables. En efecto, quienes fueron jueces actúan posteriormente como agentes del Ministerio Público militar, pero en la misma causa penal, al sustanciar el recurso de apelación ante el Supremo Tribunal Militar.⁶⁶¹

La jerarquía es un aspecto medular en la organización militar. El respeto y las consideraciones que otorga el grado son determinantes para el cumplimiento de las atribuciones del personal militar y para ejercer la autoridad en las tareas que se les asignan. Para cumplir adecuadamente las funciones de magistrado, juez, agente del Ministerio Público o defensor militar, la ley establece que quienes ejerzan esas funciones ostenten un grado determinado.⁶⁶² El escalafón del servicio de justicia militar, se divide en dos grupos. Para los licenciados en Derecho será de Subteniente a General de Brigada. A los especialistas del servicio de justicia, quienes sin ser abogados, realizan funciones auxiliares especializadas, tales como técnicos judiciales, oficinistas o peritos, les corresponderá una graduación de Soldado a Teniente Coronel.

La Ley Orgánica de la Armada de México, también considera como uno de sus servicios el de justicia naval.⁶⁶³ El servicio de justicia militar es compartido por las tres corporaciones militares, Ejército, Fuerza Aérea y Armada. Las equivalencias de grado para los licenciados en Derecho son de

⁶⁶¹ Esto lo afirmo, toda vez que como abogado litigante (1990 a 2010) me tocó actuar como defensor particular en varios procesos penales militares y en Consejos de Guerra.

⁶⁶² Cfr. artículo 193 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

⁶⁶³ Cfr. artículo 46 de la Ley Orgánica de la Armada de México.

Teniente de Corbeta a Vicealmirante y para los especialistas del servicio de justicia, de Marinero a Capitán de Fragata.⁶⁶⁴

Existe una contradicción entre estas disposiciones de las leyes orgánicas del ejército y de la armada con el Código de Justicia Militar⁶⁶⁵, que dispone el ingreso al servicio de justicia militar para funciones que requieran el título de abogado, con el grado de Teniente Coronel de servicio o auxiliar o su equivalente de Capitán de Fragata. Con independencia de ello, la intención del legislador era la de conceder a los abogados militares una jerarquía suficiente para ejercer adecuadamente las funciones relacionadas con la administración y procuración de justicia castrense. Concederles una alta graduación militar, para que contaran con la jerarquía y autoridad suficientes que les permitieran abocarse al desempeño de sus funciones con la menor presión de jerarquías superiores, además de concederles cierta independencia y categoría, dentro de la rígida estructura militar con las limitantes que ello implica.

Sin embargo, en la realidad operativa del servicio de justicia militar y naval ello no ocurre en los términos previstos por la ley. El reclutamiento de abogados para el servicio de justicia en la actualidad se realiza mediante la reclasificación de militares de arma al servicio de justicia militar. Ingresan a alguna de las instituciones de formación militar y se gradúan de subtenientes. Posteriormente estudian la carrera de Derecho y al graduarse solicitan su reclasificación. También se han convocado concursos de ingreso para que abogados civiles causen alta en el servicio de justicia militar. Al hacerlo se les otorga el grado de Tenientes, uno de los más bajos en la jerarquía castrense. Aunque gran parte del personal profesional ostenta el grado de Mayor, los ascensos son difíciles por las limitantes las plazas. La antigüedad en el grado es alta y la edad de retiro en consecuencia muy baja. En suma el fin perseguido por el legislador no se cumple, toda vez que los abogados militares no gozan de ningún tipo de independencia en el desarrollo de sus actividades profesionales.

Los abogados que actúen como defensores en procesos penales militares, sí pueden ser civiles. Esto es así por virtud de la garantía de

⁶⁶⁴ Cfr. artículo 130 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

⁶⁶⁵ Cfr. Código de Justicia Militar, artículo 88.

adecuada defensa que otorga al artículo 20 apartado B fracción VIII constitucional a toda persona sujeta a proceso penal⁶⁶⁶. En consecuencia, un procesado puede designar defensor particular⁶⁶⁷, que lo represente y asista, independientemente de que tenga o no la calidad de militar. En caso de que el procesado no quiera o no pueda nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez militar le designará un defensor de oficio. En este caso el defensor sí tendría la calidad de militar, perteneciente al Cuerpo de Defensores de Oficio. El artículo 52 fracción II del Código de Justicia Militar, establece que dicho defensor de oficio, debe tener el grado de Coronel de servicio o auxiliar.⁶⁶⁸ Sin embargo, considero que la garantía de defensa adecuada debe ser interpretada de manera amplia, por lo que en caso de que el procesado militar opte por un defensor de oficio, este también podría ser un civil, en este caso un defensor de oficio federal perteneciente al Instituto Federal de Defensoría Pública.⁶⁶⁹ Considero que en este caso no se le podría negar al procesado el derecho a designar un defensor de oficio federal, que no pertenezca al sector militar y que sea civil.

⁶⁶⁶ Artículo 20 apartado **B**: De los derechos de toda persona imputada: VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

⁶⁶⁷ Se ha acostumbrado que abogados militares en situación de retiro, ejerzan de manera particular la defensa de procesados militares, aunque también hay abogados completamente ajenos al medio militar que asumen esta función.

⁶⁶⁸ En la práctica, por lo regular no se asignan Coroneles para desempeñar la función de defensores de oficio. Lo usual consiste en que se asignen abogados militares de baja graduación, por lo regular Tenientes de Justicia Militar.

⁶⁶⁹ Cfr. <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/inicio.asp> . Conforme a la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el DOF el 28 de mayo de 1998, El Instituto Federal de Defensoría Pública es un órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, con independencia técnica y operativa, que fue creado para la prestación del servicio de defensoría pública, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal, que atiende a la población más desprotegida del país bajo los principios de gratuidad, probidad, honradez y profesionalismo.

Un aspecto que reafirma el carácter excepcional de la jurisdicción penal militar por cuanto a los actores que participan en ella es el relacionado a la defensoría de oficio militar y a la Procuraduría de Justicia Militar⁶⁷⁰, corporaciones integradas por personal militar.

Al igual que en los órganos de administración de la justicia penal, los defensores de oficio deben tener la calidad de militares. En efecto, el artículo 52 del Código de Justicia Militar dispone que el Cuerpo de Defensores de Oficio se compondrá:

- I.- De un jefe, General Brigadier de servicio o auxiliar adscrito al Supremo Tribunal Militar;
- II.- De un defensor, Coronel de servicio o auxiliar adscrito a cada uno de los juzgados;
- III.- De los demás defensores que deban intervenir en los procesos instruidos por Jueces no permanentes, y donde hubiere Agentes del Ministerio Público Militar adscritos.

No puedo dejar de señalar que a pesar de que el Código de Justicia Militar, establece que para el desempeño de los cargos en el sistema de administración de justicia militar, se debe contar con grados específicos dentro de la jerarquía castrense, esto no es así en la actualidad. En efecto lo ordenado en la ley no se cumple, como se podrá observar de la página de Internet que se cita, los titulares de los órganos de administración de justicia penal militar, tienen grados inferiores a los señalados por la ley.⁶⁷¹ Es frecuente que el juez militar sea Coronel e incluso he participado en procesos donde el Juez era Teniente Coronel.⁶⁷² Los defensores de oficio militares ostentan el grado de Tenientes y hoy en día de Mayores, pero no es frecuente encontrar esta función la desempeñe un Coronel como lo dispone la ley.

⁶⁷⁰ Artículo 28 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. Los Órganos del Fuero de Guerra son: I... II. Procuraduría General de Justicia Militar; y III. Cuerpo de Defensores de Oficio.

⁶⁷¹ Cfr. www.sedena.gob.mx Esta afirmación se realizó en base a la experiencia personal del autor de este trabajo y con información recopilada en los años de 2004 a 2007.

⁶⁷² Juzgado Sexto Militar de la plaza de México, donde el Teniente Coronel Bueno, se desempeñó como titular durante los años de 2005 y 2006.

La determinación de la competencia de los juzgados militares corresponde en última instancia al mando. En efecto, el Código de Justicia Militar lo faculta para modificar la competencia territorial de los juzgados militares. Se puede designar distinta jurisdicción a la del lugar donde se cometió el delito, cuando las necesidades del servicio de justicia lo requieran. Si bien el código referido dispone que tal determinación deberá emitirse debidamente fundada y motivada, lo cierto es que el concepto de “necesidades del servicio” es tan amplio y discrecional que sin dificultad se puede sostener para modificar la competencia de un órgano jurisdiccional. Además no existe medio de defensa alguno para controvertir dicha determinación, solamente mediante el juicio de amparo.⁶⁷³ No sería temerario señalar que no existe una determinación específica, previamente establecida, para la competencia territorial de órganos de justicia. Ley no garantiza el cumplimiento del principio de tribunal competente predeterminado ni se respeta el derecho a un juez natural no designado ex profesamente para resolver el caso. Ello es incompatible con las normas internacionales relativas a la administración de justicia.

Las Fuerzas Armadas están desplegadas por todo el territorio nacional. Solamente existen ocho juzgados militares. Seis adscritos a la primera región militar, ubicados en el campo militar número uno de la Ciudad de México. Otro más en Mazatlán, estado de Sinaloa y otro en La Mojonera Zapopan, estado de Jalisco. Existen también tres juzgados de ejecución de sentencias, respectivamente en la Ciudad de México, Mazatlán y Zapopan. El sistema penitenciario militar cuenta con tres prisiones. La más importante en la primera región militar en el campo militar de la Ciudad de México, otra en Mazatlán, Sinaloa y una más en La Mojonera Zapopan, Jalisco.⁶⁷⁴ El mando puede disponer conforme a las necesidades del servicio que cualquiera de estos juzgados asuma competencia y el justiciable sea recluido en cualquiera de las tres prisiones militares.

Otra cuestión de competencia se refleja en que la jurisdicción penal militar no es prorrogable ni renunciable y la facultad de declarar que un hecho es o no delito del fuero de guerra, corresponde exclusivamente a los

⁶⁷³ Cfr. Código de Justicia Militar, artículo 62.

⁶⁷⁴ Cfr. página oficial de la Secretaría de la Defensa Nacional: <http://www.sedena.gob.mx/transparencia/transparencia-focalizada/ubicacion-de-los-juzgados-y-prisiones-militares>

tribunales militares.⁶⁷⁵ El problema surge porque no existe una clara determinación de cuál es la esencia de los delitos castrenses y cómo se determina su naturaleza estrictamente militar. El artículo 13 constitucional no resuelve el problema, es más lo ahonda. En su redacción confunde delitos y faltas disciplinarias. El Código de Justicia Militar, sigue el criterio de considerar delitos militares a todas las conductas tipificadas en este, pero sin especificar su esencia neta y estrictamente militar. De esta manera se puede seguir un proceso ante los tribunales militares, por delitos que serían de la competencia del fuero común. En este aspecto, la legislación penal militar considera al fuero militar como prevalente frente a la jurisdicción ordinaria. La ley no permite plantear cuestiones de incompetencia respecto de conductas que encuadran en los tipos penales del código castrense en cuestión, cometidas por militares. El juicio de Amparo sería la única alternativa. La competencia general radica en la jurisdicción ordinaria, la cual tiene la potestad de decidir cuáles asuntos son de su conocimiento y cuáles corresponden a las jurisdicciones especializadas. Este principio reconocido en todo Estado de Derecho, el legislador mexicano lo invirtió en relación a la jurisdicción penal militar.

La Organización de Naciones Unidas, aprobó en su 62º período de sesiones, el informe presentado por el relator especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux. Sobre la cuestión que nos ocupa señaló: “Los conflictos de competencia y de jurisdicción entre tribunales militares y tribunales de la jurisdicción ordinaria deberían ser resueltos por un órgano judicial superior perteneciente a la jurisdicción ordinaria, integrado por magistrados independientes, imparciales y competentes, como el tribunal supremo o el tribunal constitucional. Se debe crear un mecanismo judicial imparcial encargado de resolver los conflictos de jurisdicción o de competencia. Este principio es esencial, ya que garantiza que los tribunales militares no constituyan un sistema de justicia paralelo, que se sustraiga al control del poder judicial.”⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Cfr. Código de Justicia Militar, artículos 435 y 439.

⁶⁷⁶ Cfr. La administración de justicia por los tribunales militares-Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, Principio 17, párrafo 57. http://www.justiciaviva.org.pe/justicia_militar/archivos/proyecto_principios.pdf

Este principio recalca la cualidad de excepcional de la jurisdicción militar. En efecto, ésta constituye la excepción a la ordinaria, que será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. En caso de duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción común. La competencia excepcional de la jurisdicción militar se debe acreditar plenamente. Debe emplearse un criterio restrictivo, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas conductas que claramente tengan una índole militar debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas. En caso contrario, la competencia se surte en favor de los tribunales ordinarios del fuero federal.

Por último respecto a temas de competencia de los órganos jurisdiccionales militares, al Supremo Tribunal Militar le corresponde la función de tribunal de segunda instancia. Conoce de los recursos que establece el Código de Justicia Militar y lo más importante es el tribunal de apelaciones que revisa las sentencias de los jueces militares y de los consejos de guerra.

Los principios que deben regir a la administración de justicia militar elaborados por Dacuax y aprobados por la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2005/30, señalan:

“En todos los casos en que existan órganos judiciales militares, su competencia debería estar limitada a la primera instancia. Por consiguiente, los recursos, especialmente el de apelación, deberían ejercitarse ante los tribunales ordinarios. En todos los supuestos, el control de legalidad debe quedar en manos de la suprema instancia de la jurisdicción.” Al detallar este principio se establece que: “Si el mantenimiento de órganos judiciales militares de primera instancia puede explicarse hasta cierto punto por sus competencias funcionales, no parece haber justificación posible para la existencia de una jerarquía paralela de tribunales militares al margen del derecho general o común. Los imperativos de una buena administración de justicia por los tribunales militares implican, por el contrario, que los recursos, en especial aquél por el que se impugna la legalidad, se ejerzan ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria. De ese modo, en la fase de apelación o -como mínimo- de la casación, los órganos judiciales militares formarían "parte integrante del sistema judicial general". Esas vías de recurso ante los tribunales superiores de la jurisdicción ordinaria deberían estar abiertas tanto al

acusado como a las víctimas, lo que supone que éstas sean admitidas a intervenir en el proceso, especialmente durante la fase del juicio oral.”⁶⁷⁷

Al confrontar el referido principio contra la ley orgánica de los tribunales militares mexicanos y el Código de Justicia Militar, estos rebasan las directrices que se consideran internacionalmente aceptable respecto a la justicia militar.

El mando militar ejerce un control determinante sobre los tribunales militares mexicanos. Por ello no satisfacen las condiciones necesarias e inherentes de un tribunal independiente e imparcial, establecidos tanto por el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta situación es contraria al principio de separación de poderes, elemento esencial para una correcta administración de justicia. “Los principios fundamentales de la independencia y la imparcialidad de la justicia son principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en el sentido del inciso “c” del párrafo primero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”⁶⁷⁸

El reporte sobre la justicia militar en México de Human Rights Watch, señala:

“En México, el Secretario de la Defensa ejerce a la vez poderes ejecutivos y judiciales sobre las fuerzas armadas. Los jueces militares no gozan de la garantía de permanencia en el cargo, y podrían razonablemente temer que el Secretario de la Defensa los aparte de su cargo u obstaculice de otro modo su carrera profesional si emiten decisiones que el Secretario no comparte. El control civil de las decisiones adoptadas por los tribunales militares es sumamente limitado. Aún más grave, prácticamente no existe ningún escrutinio público ni acceso a información sobre qué sucede realmente durante

⁶⁷⁷ Informe Decaux, op.cit. Principio 17, párrafo 56.

⁶⁷⁸ Cfr. Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/39, párrafos 32, 34 y 55. En [www.hchr.org.co/ documentoseinformes/documentos/.../onu/.../E-CN-4-1](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/.../onu/.../E-CN-4-1)

las investigaciones, los procedimientos y los juicios militares, los cuales pueden extenderse durante varios años.”⁶⁷⁹

Las recomendaciones sobre el particular que emitió esta organización, dirigidas al entonces Presidente Felipe Calderón y al Congreso mexicano, fueron las siguientes:

- “Garantizar que los jueces y los magistrados militares gocen de estabilidad en sus cargos, al fijar un período específico durante el cual permanecerán en el cargo y establecer causales y mecanismos claros para su remoción.
- Garantizar que las decisiones adoptadas por los tribunales militares sean objeto de una revisión exhaustiva por parte de autoridades civiles, por ejemplo, al designar a jueces civiles independientes en el Supremo Tribunal Militar o al permitir una revisión de fondo de las decisiones de la justicia militar por los tribunales federales.
- La Secretaría de la Defensa Nacional amplíe la transparencia de los procedimientos del sistema de justicia militar, cumpliendo plenamente con la Ley Federal de Transparencia y las obligaciones de México conforme al derecho internacional. Entre otras cosas, facilitar el acceso público a las instalaciones militares donde tramitan los casos ante la justicia militar.”⁶⁸⁰

Considero que ha quedado suficientemente demostrado que los órganos del fuero de guerra se encuentran subordinados al mando de las Fuerzas Armadas, en este caso al Secretario de la Defensa Nacional de manera directa y al Presidente de la República indirectamente.

Se ha mencionado abundantemente que la inamovilidad judicial es una garantía de la imparcialidad e independencia de los tribunales, por lo que esta característica deslegitima a los órganos del fuero de guerra.

No existe un consejo de la judicatura militar que administre la función jurisdiccional militar, El esquema adoptado por la jurisdicción

⁶⁷⁹ Human Rights Watch. “Impunidad Uniformada, Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública”; abril 2009, pág. 4.

⁶⁸⁰ Ibid. Pág. 9.

penal militar, de justicia de mando, de toda necesidad la ubica en sede ejecutiva; no podría ser de otra manera a menos que se modifique el modelo adoptado. Este es un rasgo propio de los tribunales militares, susceptible de afectar, tanto la independencia, desde luego en los sistemas donde esta jurisdicción no se encuentra judicializada, como la imparcialidad del tribunal.

7. La constitucionalidad del Código de Justicia Militar mexicano en entredicho

El Código de Justicia Militar rebasa el mandato constitucional que configura a la jurisdicción penal militar. También desatiende principios del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ocurre en tres cuestiones muy específicas:

- a) La expedición del código castrense no se realizó mediante un procedimiento legislativo ordinario. Se tipificaron delitos castrenses en ejercicio de facultades extraordinarias para legislar otorgadas al Presidente de la República.
- b) Se incorporan al código **delitos militares impropios y delitos comunes militarizados**, que no son de naturaleza estrictamente castrense.
- c) No existe soporte constitucional, claro y específico, para la acción persecutora penal en cuestiones militares.

Enseguida abordaré cada uno de estos aspectos. El primer aspecto que resalta del Código de Justicia Militar mexicano es su origen legislativo o más bien la falta de este. En el apartado histórico de este trabajo mencionamos los detalles de su génesis.⁶⁸¹ El Presidente de la República expidió este código en uso de facultades extraordinarias para legislar que le concedió el Congreso de la Unión. Sin embargo, se excedió en su ejercicio, pues jamás se le autorizó para crear tipos penales militares y determinar los procedimientos correspondientes a la jurisdicción militar.

La expedición del código contravino el artículo 14 constitucional que es claro y contundente en señalar que solamente se puede imponer sanciones de naturaleza penal, si estas están determinadas en “ley”, en sentido formal y material, es decir expedida por el Congreso de la Unión.

⁶⁸¹ Ver Capítulo II, 1.8 de esta Tesis.

No se distingue si se trata de delitos federales, del orden común o militares como es el caso.

Asimismo, se contraviene uno de los principios señalados en su informe por Emmanuel Decaux. Se trata del primero de ellos referente a la creación de órganos judiciales militares y la materialización de sus disposiciones en la Constitución o en la ley. Para tipificar delitos militares se deben usar los procedimientos legislativos ordinarios, siempre y cuando la existencia de la jurisdicción penal militar tenga configuración constitucional.⁶⁸² Este principio pretende dotar de legitimidad a las disposiciones de orden restrictivo que significa la jurisdicción castrense y las normas sustantivas y adjetivas que aplican los tribunales militares.

No obstante los claros visos de inconstitucionalidad de la legislación militar, los tribunales de la federación los han soslayado y eventualmente subsanado, aplicando el criterio de que las posteriores reformas aprobadas por el Congreso de la Unión al Código de Justicia Militar, expresan la voluntad del Poder Legislativo de “hacer suyo” dicho cuerpo normativo, convalidando con ello sus vicios de incostitucionalidad. Según el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la expedición por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la Unión, del Código de Justicia Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933 es constitucional, pues no viola el principio de división de poderes, ya que según interpretación de la Suprema Corte de **Justicia** de la Nación, la prohibición contenida en el texto original del artículo 49 constitucional, entonces vigente, de que se reunieran dos o más poderes en una sola persona o corporación. Impedía que uno fuera absorbido orgánicamente por el otro y desapareciera de la estructura del poder. Pero no que el Congreso de la Unión transfiriera al Ejecutivo Federal ciertas facultades legislativas como un acto de colaboración entre dos poderes, dirigido a salvaguardar la marcha normal y regular de la vida en sociedad. En ese tenor, fue hasta 1938 que se reformó el párrafo final de dicho precepto, cuando se tornó ilegítima esa práctica inveterada, porque el Constituyente dispuso que no podían delegarse en el Ejecutivo Federal facultades para legislar en casos distintos al de la

⁶⁸² Cfr. La administración de justicia por los tribunales militares-Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58, de 13 de enero de 2006, Principio 1, párrafo 14. http://www.justiciaviva.org.pe/justicia_militar/archivos/proyecto_principios.pdf

suspensión de garantías individuales, y hasta 1951 se adicionó el segundo párrafo del artículo 131 constitucional, otorgándole facultades extraordinarias.⁶⁸³

Es vergonzosa la salida de la Corte. Únicamente refleja el temor de perturbar la tranquilidad del estamento militar. Ese fue un buen momento para abocarse a la elaboración de un nuevo código castrense, que actualizara los tipos penal y lo compatibilizara con los criterios internacionales. Se perdió esa oportunidad. Sin embargo la decisión de la Corte no ha sentado jurisprudencia y eventualmente una diferente integración de la misma podría variar el criterio. Por ello se hace urgente expedir un nuevo código militar, cumpliendo todos los requisitos constitucionales y de orden internacional necesarios.

Otro vicio de constitucionalidad del que adolece el Código de Justicia Militar, consiste en que rebasa las disposiciones del artículo 13 constitucional. Los delitos militares deben tipificarse de manera tal que no rebasen el ámbito de lo estrictamente castrense. Sin embargo incorpora delitos que no son de esencia estrictamente castrense. Pueden ser cometidos tanto por militares como por civiles y tienen en ocasiones una doble tipificación en el código militar y en el Código Penal Federal. Asimismo se incluyen faltas disciplinarias a las que indebidamente se tipifica como delitos. En el capítulo I de este trabajo mencioné que los únicos delitos netamente militares lo son el de Deserción, Insubordinación y Abuso de Autoridad, así como sus variantes.⁶⁸⁴

⁶⁸³ Cfr. JUSTICIA MILITAR. La expedición del código relativo por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias, no viola el principio de división de poderes. Tesis: 1a. CLXX/2011 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 9ª Época Primera Sala Tomo XXXIV, Septiembre de 2011 Pag. 1040.

⁶⁸⁴ Cfr. Código de Justicia Militar: Deserción e Insumisión (arts. 255-275); Inutilización Voluntaria para el Servicio (arts. 276-277); Insultos, Amenazas, o Violaciones contra Centinelas, Guardias, Tropa formada, Salvaguardias, Bandera y Ejército (arts. 278-280); Ultrajes y Violencia contra la Policía (art. 281); Falsa Alarma (art. 282); Insubordinación (arts. 283-292); Abuso de Autoridad (arts. 293-300); Desobediencia (arts. 301-304); Abandono de Servicio (arts. 310-322); Extralimitación y Usurpación de Mando o Comisión (art. 323); Maltrato a Prisioneros, Detenidos o Presos y Heridos (art. 324); Contra el Honor Militar (arts. 397-409).

Tradicionalmente se ha catalogado como delito militar toda infracción penal tipificada en el código de justicia castrense, independientemente de la naturaleza militar o no del bien jurídico protegido así como del carácter civil o militar de los sujetos activos o pasivos del delito. Este criterio formal de calificación del delito militar es producto de una obsoleta concepción del fuero militar entendido como privilegio de casta, un fuero personal atado a la condición de militar del infractor o de la víctima del delito. Esta visión formalista del delito militar ha sido superada históricamente tanto por la doctrina penal como por la jurisprudencia de los tribunales nacionales de varios países. Desde luego México es la excepción.

El derecho internacional restringe el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar a los delitos militares, pero los distintos instrumentos internacionales no definen en sí mismos el delito estrictamente militar o típicamente militar. Sin embargo, el derecho internacional prescribe que ciertos comportamientos ilícitos no pueden ser considerados delitos militares o como delitos cometidos en ejercicio de funciones militares.

Específicamente me refiero a aquéllos **ilícitos penales que impliquen violaciones a derechos humanos de la población civil**.⁶⁸⁵ El derecho internacional de los derechos humanos, el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos, constitutivas de delitos, cometidas por personal militar y el juzgamiento y sanción de sus autores es de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria. Esta regla, codificada en varios instrumentos internacionales, ha sido reiterada unánimemente por la jurisprudencia internacional de derechos humanos, tanto universal como regional, así como los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones. La Corte de San José ha concluido que “la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no sólo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos

⁶⁸⁵ Como ejemplo señalo: detención arbitraria y extrajudicial, la desaparición forzada, la tortura, los actos inhumanos y la violencia sexual.

humanos.”⁶⁸⁶ Recientemente México modificó la competencia de sus tribunales militares para juzgar violaciones a Derechos Humanos de la población civil. Este tema es analizado en un epígrafe específico de esta tesis.

En ese sentido, el Relator Especial sobre la Administración de justicia por tribunales militares, Emmanuel Decaux, anota “la práctica del juzgamiento de militares por graves violaciones de derechos humanos por tribunales militares no sólo vulnera el principio del juez natural al igual que los derechos a la igualdad ante los tribunales y a un tribunal competente, amparados por los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también el derecho de las víctimas de esas violaciones y de sus familiares a un recurso efectivo y a la protección judicial, amparados por los Artículos 2 (párrafo 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁶⁸⁷

La jurisprudencia y la doctrina penal contemporánea han desarrollado un criterio sustantivo o material para caracterizar y definir el delito militar, basado en la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal y, consecuentemente, la condición de militar del sujeto activo. Así, la doctrina penal ha identificado varios tipos de infracciones penales: los delitos estrictamente militares o delitos militares *stricto sensu*; los delitos militares *lato sensu*; los delitos comunes asimilados a delitos militares, también denominados “delito de función”, “acto de servicio”, “delito cometido con ocasión al servicio”, “delito de misión” o “delito de ámbito castrense”; y los delitos comunes militarizados.

Los **delitos militares en sentido estricto**, también se denominan típicamente militares, propiamente militares, puramente militares o de ámbito estrictamente castrense. La esencia de todos ellos consiste en que en estos ilícitos penales se vulneran, única y exclusivamente, bienes jurídicos militares. Sólo pueden ser cometidos por personal militar en el activo aunque no necesariamente en horas de servicio. Mediante la tipificación de

⁶⁸⁶ Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Serie C N° 220, párrafo 198.

⁶⁸⁷ Informe Decaux. “La administración de justicia por los tribunales militares”, *op.cit.*, párrafo 32.

estos comportamientos se busca amparar bienes jurídicos típica y exclusivamente militares, como lo son el *et os* militar, los deberes, la obediencia y el mando militares. El delito militar debe ser de concepción limitada, restringida.

En este primer grupo incluyo el concepto de **delito de función militar**. Son ilícitos penales cometidos por personal militar en razón del ejercicio de sus funciones y que, para efectos de la jurisdicción de los tribunales militares, son asimilados a delitos militares. También se les conoce como delitos cometidos en actos del servicio, con ocasión del servicio o delito de misión. Si bien se exige como condición del sujeto activo la calidad de militar, no basta para configurar el delito de función. Tampoco importa que el ilícito se haya cometido en una instalación militar o instalación de seguridad nacional bajo el resguardo de las Fuerzas Armadas. Se requiere que: a) exista un nexo causalidad entre la función militar y el delito cometido; b) la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma un desarrollo legítimo de la misión constitucional y legalmente encomendada a las Fuerzas Armadas; y c) que haya una afectación a un bien jurídico militar. Es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar.⁶⁸⁸

Los **delitos militares en sentido amplio**, también son denominados como impropios, mixtos o complejos. Son de naturaleza pluriofensiva, toda vez que vulneran tanto bienes jurídicos protegidos por la ley penal ordinaria, como bienes jurídicos militares, pero en los que se considera que el bien jurídico militar es prevalente. Son ejemplo de este tipo de delito, ciertas modalidades de robo de material militar por personal militar.⁶⁸⁹

Los **delitos comunes militarizados** son aquellos ilícitos penales de derecho común que sin afectar bienes jurídicos militares ni haber sido

⁶⁸⁸ Ejemplo de este tipo de delito son Infracción de los Deberes de Centinela, Vigilante, Serviola, Tope y Timonel (arts. 352-361); Infracción de Deberes Especiales de Marineros (arts. 362-375); Infracción de Deberes Especiales de Aviadores (arts. 376-381); Infracción de Deberes Militares Correspondientes a cada Militar según su Comisión o Empleo (arts. 382-385) del Código de Justicia Militar.

⁶⁸⁹ Ejemplo de estos son el Extravío, Enajenación Robo y Destrucción de Perteneciente del Ejército (arts. 246-254) del Código de Justicia Militar.

cometidos por personal militar son sometidos a la competencia de la jurisdicción penal militar. Algunos doctrinantes los han calificado de falsos delitos militares, pues no son más que delitos del orden común tipificados en leyes especiales. A este grupo corresponden delitos como: Traición a la Patria (arts. 203-205); Espionaje (arts. 206-207); Contra el Derecho de Gentes (arts. 208-215); Violación de Neutralidad o de Inmunidad Diplomática (arts. 216-217); Rebelión (arts. 218-223); Sedición (arts. 224-227); Falsificación (arts. 228-238); Fraude, Malversación y Retención de Haberes (arts. 239-245); Extravío, Enajenación Robo y Destrucción de Perteneciente del Ejército (arts. 246-254); Asonada (arts. 305-309); Pillaje, Devastación, Merodeo, Apropiación de Botín, Contrabando, Saqueo y Violencias Contra las Personas (arts. 325-337); Delitos contra el Deber y Decoro Militares (arts. 338-351); Infracción de los Deberes de Prisioneros, Evasión de estos o de Presos o Detenidos y Auxilio a unos y a otros para su Fuga (arts. 386-396); Duelo (arts. 410-420); Delitos en la Administración de Justicia (arts. 421-426); Delitos con motivo de la Administración de Justicia (arts. 427-433) del Código de Justicia Militar.

Los **delitos militares en sentido amplio o impropios** y aquéllos **delitos comunes militarizados**, rebasan lo dispuesto por el artículo 13 constitucional y en consecuencia están afectados en cuanto a su constitucionalidad. Ser juzgado ante los tribunales militares y por hechos delictuosos que encuadren en las descripciones típicas señaladas, implica una transgresión a los derechos fundamentales del justiciable. En efecto, la competencia para estos delitos corresponde a los tribunales ya sean federales o locales del fuero común. Ser juzgado por tribunal incompetente implicará la libertad para el reo, toda vez que nadie puede ser juzgado doblemente por los mismos hechos.

No basta que los delitos sean cometidos por personal militar para que se surta la competencia del fuero castrense. Ello implicaría retrotraernos a los fueros personales y especiales, que protegía a un estamento. Se asociaría a la jurisdicción militar como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza militar por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen. El derecho militar ha evolucionado y superado esta concepción de la jurisdicción penal militar. Tampoco es suficiente para considerarlos delitos militares que se incorporen al Código de Justicia Militar. Ese criterio formal no es válido.

Ahora bien, las conductas delictivas cometidas por militares en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y que no sean delitos estrictamente castrenses o de función militar, deben complementarse con una agravante. La condición de militar conlleva una posición de garante frente a la sociedad. El militar recibe un entrenamiento especializado permanente, intenso, que le capacita para enfrentar situaciones extremas, incluso de combate. En su formación y adoctrinamiento le inculcan valores y ética para concientizarlo de la alta responsabilidad de pertenecer a un instituto armado, responsable de brindar el servicio público de la seguridad nacional. El soldado debe primordialmente garantizar a la sociedad que en el cumplimiento de sus misiones se puede confiar en él. Por todo ello cuando cometen conductas ilícitas, todo lo que abona a su favor en el cumplimiento de sus deberes, se debe considerar una causa que califique el delito y lo agrave. El legislador secundario deberá considerar este tipo de agravantes e incluso la complementación típica con punibilidad autónoma, cuando configure los delitos en los que la intervención de un militar así lo requiera.

El Código de Justicia Militar, al establecer las reglas de la competencia en el artículo 57 establece que son delitos contra la disciplina militar, fracción I⁶⁹⁰, los especificados en el Libro Segundo de este Código, con excepción de los delitos de maltrato a prisioneros, detenidos o presos y heridos y los de pillaje, devastación, merodeo, apropiación de botín, contrabando, saqueo y violencias contra las personas, que sólo serán consideradas como delitos contra la disciplina militar cuando se cometan en campaña. Fuera de este supuesto, las conductas que resulten en delitos del orden común o federal serán juzgados por tribunales federales ordinarios.

El esquema para señalar la competencia y establecer los delitos castrenses es de tipo formal. Como he analizado ello es incorrecto, toda vez que confunde los delitos **militares en sentido estricto** con **delitos militares impropios** y aquéllos **delitos comunes militarizados**. La salvedad de cometerse en campaña que se adiciona⁶⁹¹, incorpora un elemento temporal distorsionador de la esencia de los delitos castrenses. Un delito será militar

⁶⁹⁰ Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar: I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código, con las excepciones previstas en el artículo 337 Bis. La fracción I fue reformada y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del 2014.

⁶⁹¹ Ver artículo 337 bis del Código de Justicia Militar.

cuando se vulneren bienes jurídicamente relevantes para el Estado mexicano que afecten el cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas. El momento y las circunstancias de ejecución no cambian su naturaleza. Un delito será estrictamente militar se cometa en campaña o no.

La fracción II⁶⁹² establece que son delitos militares los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos:

- a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;
- b) Que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;
- c) Que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;
- d) Que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Nuevamente se observa una técnica legislativa equivocada para determinar las conductas penales relevantes para el derecho castrense. Para la configuración de un delito de función militar se requiere que: a) exista un nexo causalidad entre la función militar y el delito cometido; b) la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma un desarrollo legítimo de la misión constitucional y legalmente encomendada a las Fuerzas Armadas; y c) que haya una afectación a un bien jurídico militar. Es necesario que se establezca claramente la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar. La ley que se comenta no recoge estas condiciones y solamente se limita a considerar una sola de estas: “que

⁶⁹² La fracción II fue reformada y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del 2014.

fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo.”

También se comete el error de considerar que son delitos militares todos aquellos que formalmente estén tipificados en el Código de Justicia Militar y señala como causa de exclusión de esta categoría: que las víctimas de las conductas ilícitas no sean civiles. En los delitos estrictamente militares el pasivo del delito jamás podrá ser un civil. Por lógica, si los delitos tutelan bienes jurídicamente relevantes mediante la norma penal, la víctima será quien recienta la afectación de dicho bien. En los delitos de orden estrictamente castrense los bienes tutelados corresponden al Estado, toda vez que se tutela el etos militar y se busca garantizar la permanencia institucional de las Fuerzas Armadas y el eficiente cumplimiento de sus misiones constitucionales. En conclusión, no puede haber víctimas civiles de delitos estrictamente militares. Nuevamente la legislación mexicana mezcla delitos militares propios e impropios, rebasando con ello lo dispuesto por el artículo 13 constitucional que limita la competencia de la jurisdicción penal militar a los delitos estrictamente contra la disciplina militar. Esta configuración restrictiva de orden constitucional es rebasada por el código castrense mexicano y de ello deviene la inconstitucionalidad de diversos tipos penales incorporados.

Finaliza el artículo 57 del código castrense en análisis indicando que cuando concurren militares y civiles como sujetos activos, solo los primeros podrán ser juzgados por la justicia militar. Se trata una vez más de un manejo desafortunado de técnica legislativa que también rebasa el mandato constitucional. En efecto, en los delitos militares propiamente configurados, los civiles no pueden concurrir como coautores, instigadores, encubridores o partícipes del ilícito. El requisito de procedibilidad indispensable en todo delito militar en sentido estricto consiste en acreditar la calidad militar del sujeto activo. De acuerdo a las reglas elementales de la lógica, ningún civil podrá coparticipar en un delito militar, *stricto sensu*, por no tener la calidad de soldado. Para ejemplificar lo anterior, resulta difícil de imaginar que en el delito de Insubordinación, que tutela el respeto a la jerarquía castrense, pueda intervenir un civil. Comete este delito, el militar que con palabras, ademanes, señas, gestos o de cualquier otra manera, falte al respeto o sujeción debidos a un superior que porte sus insignias o a quien conozca o deba conocer.⁶⁹³ Se trata de un delito castrense por antonomasia, claramente

⁶⁹³ Cfr. Código de Justicia Militar artículo 283.

se observa la imposibilidad material de que un civil concorra en su comisión ni siquiera como instigador. Lo anterior es así toda vez que en este tipo de hechos delictuosos la conducta que despliegue cualquier civil resultará atípica.

En cuanto a los **vicios de constitucionalidad de la acción persecutoria militar**, la cuestión es bastante nebulosa. La jurisdicción militar parte de una configuración constitucional restringida en el artículo 13. El legislador constituyente optó por el escenario autárquico de justicia militar centrado en el mando. Ello conlleva a que las instituciones que procuran y administran justicia militar sean completas en sí mismas y se excluya la actuación de las instituciones civiles responsables de las mismas funciones. En este modelo la configuración de una procuraduría de justicia militar debe ser de orden constitucional. En efecto, si la institucionalidad de la acción persecutora penal para los delitos del orden común y federal la tiene, con mayor razón debería existir para el orden militar. En el modelo de jurisdicción militar adoptado por México, las instituciones civiles y las militares tienen espacios propios y excluyentes de actuación. Por lo mismo deberían contar con instituciones similares para la procuración y administración de justicia, cada una con ámbito competencial propio y sustento constitucional expreso. No basta que el artículo 102 apartado “A” de la Constitución mexicana instituya al Ministerio Público, se requiere que el artículo 13 constitucional haga lo propio para la justicia castrense. En suma, así como el artículo 102 apartado “A” de la Constitución configura a la Procuraduría General de la República⁶⁹⁴, el 13 constitucional debería hacerlo con la Procuraduría General de Justicia Militar.

El artículo 21 constitucional distingue entre la investigación y persecución de los delitos y la imposición de las penas por su comisión. La primera tarea se la encomienda al Ministerio Público, mientras que la segunda a la autoridad judicial.⁶⁹⁵ En materia militar, se debe realizar la

⁶⁹⁴ El artículo 102 apartado “A” de la Constitución fue reformado el 10 de febrero del 2014 para establecer que el Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios. Este cambio institucional aún no se materializa. El pronóstico más favorable es que ello ocurra a fines del 2016.

⁶⁹⁵ Artículo 21 constitucional. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

misma distinción. La investigación y persecución de los delitos militares, debe corresponder al Ministerio Público Militar, presidido por el Procurador General de Justicia Militar. La imposición de las penas por la comisión de delitos propiamente militares, corresponde a los tribunales militares. En México, esta función corresponde a los juzgados militares y a los consejos de guerra.

El artículo 21 constitucional, realiza estas distinciones, pero en materia militar, el artículo 13 constitucional, guarda silencio al respecto. Indicar que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, no es un suficiente para asumir que la función persecutora e investigadora de los delitos militares viene implícita en la relativa a la imposición de las penas por la comisión de delitos militares.

Siguiendo la opinión de Mera Figueroa, “debe distinguirse la función relativa a la investigación de los delitos militares -de carácter administrativo y no jurisdiccional- de la función de su juzgamiento. El problema de las razones justificatorias de la jurisdicción penal militar dice relación, a nuestro juicio, sólo con el juzgamiento de dichas infracciones, y no con la tarea de la investigación (ni con el ejercicio de la acción penal), la que perfectamente puede ser entregada al Ministerio Público Militar, el cual debería, en tal caso, estar sometido al control del juez de la instrucción. Sobre este particular debe anotarse que los argumentos que cuestionan la legitimidad de la jurisdicción penal militar dicen relación solamente con el juzgamiento de los asuntos sometidos a su conocimiento. Dichos argumentos no resultan contradictorios con la existencia de un Ministerio Público Militar encargado de la investigación y del ejercicio de la acción penal. Así, por ejemplo, la independencia e imparcialidad del tribunal no resultarían para nada afectadas con la existencia de dicho Ministerio Público Militar. De otro lado, la circunstancia de que los delitos militares comprometan bienes jurídicos generales (más allá de los intereses puramente militares) y deban ser juzgados, por ende, por los tribunales civiles, tampoco resultaría contradictorio con el hecho de que la investigación la asumiera una dependencia de los propios institutos armados. Por último, tampoco el

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas

principio de la división de poderes resultaría afectado, puesto que la investigación, a cargo de un ente integrante de la administración del Estado no constituye, como ya se dijo, una función judicial.”⁶⁹⁶

Coincido con la anterior opinión y sostengo que el artículo 13 constitucional sólo es fundamento de la existencia de la jurisdicción penal militar, pero no puede serlo de la función investigadora y persecutora del Ministerio Público Militar. El artículo 102 apartado A constitucional, se refiere a esta función, sin embargo este mandato es genérico y no se refiere a la cuestión propiamente militar. En un régimen constitucional de derecho, las instituciones públicas deben contar con facultades expresas que les autoricen a ejercer sus atribuciones. En el caso concreto que se analiza ello no existe para la justicia militar. Se confiere al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpadados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine. Si bien los delitos militares pueden ser considerados de orden federal porque las Fuerzas Armadas son nacionales y sus integrantes servidores públicos de la Federación, también lo es que la jurisdicción castrense tiene un ámbito competencial restringido, pues se requiere como condición específica del activo del delito que cuente con la condición militar.

A primera vista, se podría considerar que al no existir sustento constitucional, la actuación de la Procuraduría de Justicia Militar sería inconstitucional. En efecto, la única autoridad investigadora y persecutora de los delitos en México, es el Ministerio Público Federal, a través de sus agentes y presidido por un Procurador General. Los agentes del Ministerio Público Militar, no pertenecen a la Procuraduría General de la República, luego entonces no se encuentran legitimados para actuar en la investigación y persecución de los delitos militares ni para ejercitar la acción penal correspondiente. Deberían ser en todo caso asimilados a la referida institución, a efecto de validar sus actuaciones.

⁶⁹⁶ Mera Figueroa, op cit, pág. 36

Existe un contra argumento, para justificar la actuación de la Procuraduría de Justicia Militar y de sus agentes. La Constitución en el referido artículo 102 “A”, determina que la ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. Como no se distingue ni se determina qué ley organizará al Ministerio Público, en este caso la ley en cuestión sería el Código de Justicia Militar, cuyo artículo 39 dispone que el Ministerio Público se compondrá de un Procurador General de Justicia Militar⁶⁹⁷, General de Brigada de servicio o auxiliar, jefe de la institución y consultor jurídico de la Secretaría de la Defensa Nacional, siendo, por lo tanto, el conducto ordinario del Ejecutivo y la propia Secretaría, en lo tocante al personal a sus órdenes y de agentes adscritos a la Procuraduría, generales brigadieres de servicio o auxiliares, en el número que las necesidades requieran. En este caso se estaría dando cumplimiento al mandato constitucional, toda vez que una ley, el Código de Justicia Militar, organiza al Ministerio Público Militar y es el titular del Ejecutivo quien realiza las designaciones del Procurador General y de sus agentes.

Para determinar cuál de las dos posturas se apega a la Constitución, deberá pronunciarse la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al momento en que le sea planteado algún caso con estas cuestiones.

La investigación y persecución de los delitos de la competencia de los tribunales castrenses, tiene sustento legal pero no constitucional. El Código de Justicia Militar es la norma que configura la institucionalidad de la Procuraduría General de Justicia Militar. Crea para el Ministerio Público Militar, la siguiente estructura orgánica, presidida por un Procurador General de Justicia Militar, General de Brigada de servicio o auxiliar, jefe de la institución y consultor jurídico de la Secretaría de la Defensa Nacional. Es nombrado y removido incausadamente por el General Secretario previo acuerdo con el Presidente de la República. Bajo sus órdenes actúan agentes del Ministerio público militar⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ ARTICULO 41 Código Justicia Militar.- Para ser Procurador General de Justicia Militar, se requieren las mismas condiciones que para ser magistrado; y su designación y protesta, se hará de la manera indicada para aquellos funcionarios. El Secretario de la Defensa Nacional lo designa por acuerdo del Presidente de la República.

⁶⁹⁸ Cfr. artículo 39 del Código de Justicia Militar.

El Ministerio Público tiene el monopolio exclusivo de la acción penal. El Ministerio Público es el único capacitado para ejercitar la acción penal, y no podrá retirarla o desistirse de ella, sino cuando lo estime procedente o por orden firmada por el Secretario de la Defensa. Esta orden podrá darse cuando así lo demande el interés social, oyendo, previamente, el parecer del Procurador General de Justicia Militar.⁶⁹⁹ Código de Justicia Militar permite la aplicación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción persecutora penal de forma discrecional y sin responsabilidad para quien lo ordene. Puede dejar de ejercerla desistirse de ella o retirarla “cuando lo estime procedente”. Esta discrecionalidad contraviene la esencia de todo Estado Democrático de Derecho.

Para cumplir sus funciones, el Ministerio Público militar cuenta con un cuerpo permanente de policía ministerial militar, que depende directa e inmediatamente del Procurador General de Justicia Militar.⁷⁰⁰ La existencia del cuerpo de policía ministerial presenta los mismos vicios de constitucionalidad que la existencia de la procuraduría militar. El artículo 21 constitucional dispone que la investigación de los delitos corresponda al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. Todas las policías de investigación que operen en México deben actuar bajo el mando del Ministerio Público, en este caso de quien lo preside que es el Procurador General de la República. De nueva cuenta el artículo 13 constitucional omite tanto lo relativo a la existencia de la procuraduría militar como de la policía ministerial bajo su mando. Resultan aplicables los mismos argumentos de párrafos anteriores.

Contrariamente a lo que ocurre con los jueces, el derecho internacional no ha aportado disposiciones que garanticen la independencia e imparcialidad de los órganos acusadores. Los Estados tienen siempre la obligación de proveer garantías para que puedan realizar investigaciones de forma imparcial y objetiva. En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba el 7 de septiembre de 1990, se adoptaron las “Directrices

⁶⁹⁹ Cfr. artículo 39 del Código de Justicia Militar.

⁷⁰⁰ Cfr. artículos 47 al 49 del Código de Justicia Militar.

sobre la Función de los Fiscales.”⁷⁰¹ En justicia militar ello no ocurre. En primer lugar por el modelo de justicia de mando adoptado por la legislación mexicana. En segundo lugar, tanto en los órganos civiles como en los militares de investigación del delito y procuración de justicia, las instituciones impiden el ejercicio independiente, objetivo, imparcial y responsable de la acción persecutora penal. El primer defensor de todo inculcado debe ser el agente del Ministerio Público. Es una institución definida por la ley como de “buena fe”. Ello no ocurre en la realidad. Los fiscales civiles mexicanos no pueden actuar de esa manera. Ellos deben ejercitar acción penal contra los indiciados por el delito que cometieron, por el que no cometieron y por el que les inventan. Lamentablemente se trata de una de las instituciones más corruptas del sistema judicial mexicano.

Aunque de la procuraduría militar no podría señalar que se trata de una institución afectada de corrupción, sus problemas operativos son distintos. La jerarquía militar, el deber de obediencia y la disciplina que lo tutela, impiden un adecuado ejercicio de la facultad de investigar delitos militares y procurar el cumplimiento de las leyes de la materia. Los agentes del Ministerio Público militar deben esperar la orden superior para abocarse al inicio de una investigación o averiguación previa. Lo anterior debido a la discrecionalidad con la que opera el principio de oportunidad en materia penal militar. Así lo proponen las directrices que los fiscales deben desempeñar sus “funciones de manera imparcial” y “de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.”⁷⁰² La alta rotación del personal militar también incide negativamente en el cumplimiento de estas normas aspiracionales. En efecto, comenté en epígrafes anteriores que el personal del servicio de justicia militar, por las necesidades del servicio, no se especializa en una sola función. Los abogados militares ejercen en su vida profesional castrense funciones de defensor, personal judicial, asesores

⁷⁰¹ Cfr. Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptadas por México en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba el 7 de septiembre de 1990, en página de la Secretaría de Gobernación, Orden Jurídico Nacional <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2004.pdf>.

⁷⁰² Ibid. Directrices sobre la Función de los Fiscales.

del mando o agentes del Ministerio Público militar. Ello hace muy difícil cumplir con las directrices en cuestión.

La jurisprudencia internacional señala que el correcto ejercicio de la función del Fiscal requiere autonomía e independencia de los otros poderes del Estado.⁷⁰³ En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la relación de dependencia que puedan tener las fiscalías respecto de otros órganos puede tener un impacto en su actuación independiente, tanto en la efectividad e impulso en las investigaciones como en la decisión de ejercicio de la acción penal o archivo de la investigación así como las implicaciones que tenga en el debido proceso”⁷⁰⁴.

En el derecho internacional existen algunos criterios generales que permiten identificar la independencia institucional de la cual deben gozar las fiscalías públicas para garantizar que realicen de manera efectiva y compatible con los estándares de derechos humanos su respectivo rol en el acceso a la justicia y garantía del debido proceso. Dentro de estos criterios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala: “la autonomía de las Fiscalías o del Ministerio Público respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, garantizada mediante la legislación interna; la prohibición legal de instrucciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo a las Fiscalías de no investigar o de archivar las investigaciones en casos concretos; y la estricta separación, tanto funcional como institucional, entre la Fiscalía y el Poder Judicial.”⁷⁰⁵

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación a México, reiteró que el ejercicio adecuado de las funciones acusatorias requiere “independencia y autonomía de las demás ramas del

⁷⁰³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, OEA/ SER.L/V/II.100, doc. 7 rev. 1, párrafos 372 y 381, en www.cidh.oas.org

⁷⁰⁴ Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: “Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 44 de 5 diciembre 2013, párrafo 37, en <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>

⁷⁰⁵ Ibid. Párrafo 40

poder público”⁷⁰⁶. En consecuencia, recomendó que “el Ministerio Público debe ser un órgano independiente del poder ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inmovilidad y demás garantías constitucionales reconocida a los miembros del Poder Judicial.”⁷⁰⁷

La mencionada Comisión Interamericana en el caso La Cantuta contra Perú, verificó que la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú había encontrado que el Ministerio Público “no cumplía con su deber de investigar adecuadamente los crímenes por su falta de independencia frente al Poder ejecutivo”. Asimismo, la Comisión señaló en sus informes de país que cuando “la Fiscalía depende del Ejecutivo y tiene el monopolio exclusivo y excluyente del ejercicio de la acción penal, esta circunstancia ha generado, en no pocos casos, distorsiones, abusos y manipulaciones que no han podido solucionarse por la vía jurisdiccional. Así, en su visita a México, la Comisión insistió en la importancia de desarrollar la independencia, autonomía e imparcialidad que debe gozar el Ministerio Público respecto del Ejecutivo.”⁷⁰⁸

Guevara Bermúdez señala que “cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas”, en virtud de lo cual los procedimientos resultan “incapaces de proporcionar la investigación, la información y el remedio supuestamente disponibles” y se verifica una impunidad de facto que “supone la corrosión del imperio de la ley y viola los principios de la Convención Americana”. En particular, la Comisión ha determinado que, en razón de su naturaleza y estructura, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e

⁷⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Documento de la OEA/ Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, párrafo 381.

⁷⁰⁷ Ibid. párrafo 372.

⁷⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, OEA/ Ser.L/II.100. Doc. 7 rev.1, Septiembre 24 de 1998, párrafo 372.

imparcialidad que impone el Artículo 8.1 de la Convención Americana.”⁷⁰⁹ La procuraduría militar no debe conducir investigaciones formales en relación a violaciones a Derechos Humanos de la población civil, probablemente cometidas por las fuerzas militares, en ejercicio de facultades. El resultado no sería legítimo, toda vez que una institución no puede investigarse a sí misma y esperar un resultado imparcial y objetivo.

En el anterior contexto, la Procuraduría General de Justicia Militar que preside al Ministerio Público castrense no brinda garantías de imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones investigadoras ni en el ejercicio profesional e independiente de la acción penal.

Cuáles son las alternativas. La Constitución mexicana fue reformada el 10 de febrero del 2014 para establecer que el Ministerio Público se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios. Como he postulado en esta tesis, los principios aplicables a la justicia civil deben serlo también para la militar. Siguiendo esta lógica, la procuraduría militar debería seguir el mismo modelo configurativo, es decir crear una Fiscalía General Militar como órgano público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Para ello se requiere de un cambio completo de los paradigmas que orienta a la justicia militar en México. El cambio sería tan radical y por ello improbable.

Otra opción consistiría en comisionar o asimilar a personal militar para que ejerza funciones de agentes del Ministerio Público especializado en materia militar incardinados en la Procuraduría General de la República o en la nueva Fiscalía General cuando se establezca. También existe la posibilidad de capacitar abogados civiles para ejercer funciones de agentes del Ministerio Público especializados en materia militar, dentro de la Procuraduría o Fiscalía General de la República.

A pesar de las últimas reformas al Código de Justicia Militar mexicanos, de abril y junio del 2014, los vicios de su constitucionalidad aún no han sido corregidos. La reforma a la jurisdicción castrense deberá ser

⁷⁰⁹ GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio. “La Incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., noviembre de 2014, págs. 3-4.

integral. Comenzando por la actualización de su configuración constitucional, deberá permear a las leyes secundarias. De ello solamente se obtendrán beneficios tanto para el estamento castrense como para la sociedad a la que sirve. La claridad con la que se configuren delitos estrictamente castrenses, otorga legitimidad al sistema de justicia militar. En el contexto actual de México, se requiere de unas Fuerzas Armadas comprometidas con la institucionalidad del país. La permanencia jurisdicción militar y la actualización de su marco normativo, contribuirán a ello.

D. EL FUERO MILITAR VISTO POR LA JUSTICIA MEXICANA E INTERAMERICANA

La justicia militar no fue tema de interés para la sociedad mexicana post revolucionaria del siglo XX. Desde el gobierno del Presidente Lázaro Cárdenas, cuando el sistema político mexicano consolidó un régimen de paz e institucionalidad, hasta la transición democrática del presente, el fuero de guerra fue un tema reservado para militares y algunos académicos especialistas. No trascendían noticias sobre casos juzgados ante los tribunales militares. Sería que ¿no hubo casos interesantes que reportar a la los medios de comunicación? O bien, la actuación de las Fuerzas Armadas en esa época ¿no afectaba Derechos Humanos de la población civil? Esto no fue así. Al ejército se le ha usado como instrumento de represión interna o bien como última alternativa institucional para el mantenimiento del orden público. En muchos de estos casos la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado y establecidos criterio interpretativos de la constitución con relación a la actuación de las Fuerzas Armadas.

Haciendo un simple ejercicio de memoria histórica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación intervino por primera vez en la investigación de violaciones graves a Derechos Humanos en 1946. El antecedente fue que a finales del año 1945, se realizó el proceso electoral para renovar al ayuntamiento de León, Guanajuato. Participaron la Unión Cívica Leonesa UCL y el Partido de la Revolución Mexicana (PRM)⁷¹⁰. El triunfo se le dio al PRM, pero hubo fraude electoral demostrado por la oposición. El ejército mexicano ocupó el palacio municipal, para permitir la toma de posesión de

⁷¹⁰ El Partido de la Revolución Mexicana (PRM) se transformó en el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en 1946.

las nuevas autoridades. El 1 de enero de 1946, se abrió fuego contra los manifestantes que apoyaban a la UCL. Hubo 50 muertos y 400 heridos.

El movimiento ferrocarrilero de Demetrio Vallejo y Valentín Campa, el movimiento revolucionario del magisterio de Othón Salazar y las protestas campesinas de Rubén Jaramillo fueron el antecedente de la primera acción guerrillera de trascendencia en México. Ocurrió el 23 de septiembre de 1965. El autodenominado Grupo Popular Guerrillero, integrado por campesinos, estudiantes, maestros y líderes agrarios, intentaron tomar por asalto el cuartel del Ejército Mexicano en la población de Madera, estado de Chihuahua. No lograron su cometido pero ello dio inicio a la formación de la Liga Comunista 23 de Septiembre y al inicio de la “Guerra Sucia” en México.

Siguió el movimiento estudiantil de 1968, que culminó con una masacre el 2 de octubre en Tlaltelolco, donde murieron estudiantes huelguistas y víctimas inocentes. Otros simplemente desaparecieron y no se supo más de ellos. Los afortunados terminaron procesados penalmente por el infame delito de Disolución Social y purgaron condenas en la penitenciaría de Lecumberri en la Ciudad de México.

La subversión guerrillera de la década de 1970, estuvo encabezada por Lucio Cabañas Barrientos y Genaro Vázquez, ambos profesores rurales del estado de Guerrero. En este contexto se produjeron los hechos que motivaron la sentencia de la Corte de San José en el caso Radilla Pacheco contra México.

En opinión de la organización Human Rights Watch, “las Fuerzas Armadas mexicanas son responsables de la gran mayoría de los abusos cometidos durante la llamada “Guerra Sucia” ocurrida en México en las décadas del ‘60 y del ‘70, incluida la tortura y la desaparición forzada de cientos de civiles. Sin embargo, ningún militar ha sido condenado por estos delitos.”⁷¹¹ Los representantes de esta organización afirman que

“una de las principales causas de esta impunidad es que las Fuerzas Armadas mexicanas bloquearon las investigaciones civiles e

⁷¹¹ Human Rights Watch. “Impunidad Uniformada, Uso indebido de la justicia militar en México para investigar abusos cometidos durante operativos contra el narcotráfico y de seguridad pública”; abril 2009, pág. 25.

interfirieron en el juzgamiento de los militares al llevar adelante investigaciones militares por los mismos delitos que estaban investigando los agentes del Ministerio Público federal. La absolución de los acusados en los tribunales militares les conferiría inmunidad procesal ante los tribunales federales. Además, si bien la Secretaría de la Defensa Nacional ha desclasificado documentos importantes del período de la “guerra sucia”, no ha hecho prácticamente nada para ayudar a los civiles que investigaban los casos, a comprender o encontrar pruebas entre los archivos abiertos u obtener la información que aparentemente falta en esos archivos.”⁷¹²

Concluye este apartado del reporte que se cita mencionando que observan

“un patrón similar en las investigaciones militares sobre abusos cometidos durante otros operativos importantes de seguridad pública en las zonas rurales de México. Estos incluyen el uso del Ejército para responder al levantamiento armado de 1994 del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), una organización guerrillera en el estado de Chiapas, al sur del país, y los intentos del gobierno para combatir el narcotráfico en Guerrero desde la década del ‘80. Los agentes del Ministerio Público militar que investigaron los abusos documentados en este informe que fueron cometidos en estos dos estados, los cuales incluyen torturas, detenciones arbitrarias y violaciones sexuales, confiaron plenamente en la versión de los hechos ofrecida por los militares, y no tuvieron en cuenta seriamente los testimonios de las víctimas y otras fuentes independientes que documentaron los abusos. No resulta sorprendente que, como resultado, se hayan cerrado las investigaciones y los hechos hayan quedado en la impunidad.”⁷¹³

Respecto de la actuación de los militares en tiempo de paz, la Suprema Corte ha interpretado la Constitución en varias ocasiones. En todas ha sido para dar sustento a su participación en auxilio de las autoridades civiles. Se trata de seis criterios jurisprudenciales que son los únicos que en la actualidad dan sustento al actuar de las Fuerzas Armadas mexicanas en apoyo de la seguridad pública.

⁷¹² Ibid. Pág. 25.

⁷¹³ Ibid. Pág. 26.

El artículo 129 constitucional, en pocas palabras establece que en tiempo de paz la Fuerzas Armadas deben permanecer en sus cuarteles adiestrándose y estas instalaciones militares deben ubicarse fuera de las poblaciones civiles. La Corte mexicana realizó una interpretación histórica, armónica y lógica de dicho dispositivo constitucional, señalando que

“autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes y la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Pública de los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, quienes tienen a su mando al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no atenta contra el numeral señalado del Código Supremo. Además, la fracción VI del artículo 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior. Por estas razones, no es indispensable la declaratoria de suspensión de garantías individuales, prevista para situaciones extremas en el artículo 29 constitucional, para que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea intervengan, ya que la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones que no justifiquen el estado de emergencia, pero que ante el peligro de que se agudicen, sea necesario disponer de la fuerza con que cuenta el Estado mexicano sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables”⁷¹⁴

El máximo tribunal mexicano también estableció que la determinación de cuáles son las funciones de las Fuerzas Armadas, exige el estudio sistemático de la constitución y, por lo mismo, la comprensión de las garantías individuales y de la seguridad pública, conforme al régimen jurídico vigente.

⁷¹⁴ Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de marzo en curso, acordó, con apoyo en su Acuerdo Número 4/1996 de veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y seis, relativo a los efectos de las resoluciones aprobadas por cuando menos ocho votos en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, que la tesis que antecede (publicada en marzo de ese año, como aislada, con el número XXVIII/96), se publique como jurisprudencial, con el número 37/2000. México, Distrito Federal, a veintisiete de marzo de dos mil.

“Para determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar el instituto armado, integrado por esos cuerpos, es preciso atender al estudio sistemático de la Constitución en la que destacan las garantías individuales consagradas en el título primero y, en especial, la garantía de legalidad prevista en el artículo 16, en cuanto a que no puede molestar a las personas sino por autoridad competente; de lo que se sigue que toda autoridad, especialmente tratándose de seguridad pública, tiene dos claras limitaciones, a saber: no vulnerar dichas garantías y no rebasar las atribuciones que las leyes le confieren. Dentro de este marco es preciso que la solución de ese problema se haga conforme a la aplicación del derecho y su estricto acatamiento, que deben respaldar todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, encontrando una fórmula equilibrada que suponga necesariamente la existencia y eficacia de mecanismos de defensa en favor de los gobernados, para así prevenir y remediar todo tipo de abuso por parte de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, o en la extralimitación en éste, en particular, cuando ello sucede en el delicado campo de la seguridad pública interior.”⁷¹⁵

Para la Corte mexicana, el “Ejército, Fuerza Aérea y Armada. pueden actuar acatando órdenes del Presidente de la República, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla. El artículo 89 fracción VI constitucional faculta al Presidente de la República a utilizar al instituto armado para salvaguardar no sólo la seguridad exterior del país, sino también la interior lo que, de conformidad con el artículo 16 del propio ordenamiento, exige fundar y motivar una decisión de tanta trascendencia. Por estas razones las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, cuando sin llegar a los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto -previstos por el artículo 29 constitucional- se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características que, de no enfrentarse de inmediato, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones. En este supuesto, al no decretarse la suspensión de garantías, ante alternativas viables de

⁷¹⁵ Ibid. Acción de inconstitucionalidad 1/96.

solucionar pacíficamente los conflictos o que por no llegar éstos a la gravedad que supone el texto constitucional, o por algún otro motivo, se prevea que podrán controlarse con rapidez, se deberá cuidar escrupulosamente que se respeten las garantías individuales, estableciendo, incluso, a través de los organismos competentes, una estrecha vigilancia para que se actúe del modo especificado.”⁷¹⁶

Las corporaciones militares, si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública, en situaciones en que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la constitución y a las leyes. “Del estudio relacionado de los artículos 16, 29, 89 fracción VI y 129 de la Constitución, así como de los antecedentes de este último dispositivo, se deduce que al utilizarse la expresión "disciplina militar" no se pretendió determinar que las fuerzas militares sólo pudieran actuar, en tiempos de paz, dentro de sus cuarteles y en tiempos de guerra, perturbación grave de la paz pública o de cualquier situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, fuera de ellos, realizando acciones para superar la situación de emergencia, en los términos de la ley que al efecto se emita. Es constitucionalmente posible que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada en tiempos en que no se haya decretado suspensión de garantías, puedan actuar en apoyo de las autoridades civiles en tareas diversas de seguridad pública. Pero ello, de ningún modo pueden hacerlo "por sí y ante sí", sino que es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles y de que en sus labores de apoyo se encuentren subordinados a ellas y, de modo fundamental, al orden jurídico previsto en la Constitución, en las leyes que de ella emanen y en los tratados que estén de acuerdo con la misma, atento a lo previsto en su artículo 133.”⁷¹⁷

La acción de inconstitucionalidad que provocó estos criterios de la Corte, cuestionaba la participación de los Secretarios de Defensa Nacional y Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública. Por su calidad de militares no debía participar en acciones de seguridad pública reservadas a las autoridades civiles. Los diputados federales del Partido de la Revolución

⁷¹⁶ Ibid. Acción de inconstitucionalidad 1/96.

⁷¹⁷ Ibid. Acción de inconstitucionalidad 1/96.

Democrática se oponían a la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, no viola el artículo 21 constitucional. Al respecto la Corte sentenció que “la interpretación gramatical y causal teleológica de la adición del artículo 21 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, en cuanto dispone la coordinación de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en un Sistema Nacional de Seguridad Pública, lleva a la conclusión de que el precepto no excluye a ninguna autoridad que, de acuerdo con sus atribuciones, tenga alguna relación con ella y que su propósito es lograr una eficiente coordinación entre todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, para lograr dicha seguridad pública en todas sus dimensiones, entre ellas, enfrentar con mayor capacidad la delincuencia organizada. El Consejo Nacional de Seguridad Pública es una instancia consultiva que no usurpa facultades constitucionales, ni legales, de ninguna autoridad; por ello, no existe razón para considerar como violatoria del numeral 21 constitucional, la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, tomando en consideración, además, que las leyes orgánicas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y de la Armada, señalan, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública, por lo que la participación en el referido consejo, de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, quienes dirigen esos cuerpos, se justifica, puesto que aun cuando no tengan funciones ejecutivas, tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública.”⁷¹⁸

El último criterio emitido por la Corte sobre el particular señala que la seguridad pública presupone el respeto al derecho y en especial de los derechos fundamentales. “Del análisis sistemático de todos los artículos constitucionales relacionados con las Fuerzas Armadas, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que,

⁷¹⁸ Ibid. Acción de inconstitucionalidad 1/96.

jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.”⁷¹⁹

Desde entonces hasta la fecha, este ha sido el precario soporte jurídico de la actuación de las Fuerzas Armadas en el combate a la delincuencia organizada. Los mandos militares se han quejado de que de la falta de interés de las autoridades legislativas por dotar a las corporaciones armadas de un sustento jurídico adecuado para el desempeño de sus misiones.

Desde que asumió el cargo, el Presidente Felipe Calderón en 2006, delegó principalmente en las Fuerzas Armadas la lucha contra el

⁷¹⁹ Ibid. Acción de inconstitucionalidad 1/96.

narcotráfico y del crimen organizado. La necesidad de mejorar la seguridad pública era evidente. El gobierno federal enfrentaba y aun lo hace, un contexto de intensas luchas territoriales entre poderosos cárteles de narcotraficantes, la entrada de armas sofisticadas al país, numerosos secuestros y ejecuciones en varios estados de la República, y aterradoras formas de violencia incluyendo decapitaciones. La competencia y las pugnas entre poderosos cárteles, así como los enfrentamientos armados entre estos y las fuerzas de seguridad pública, han causado la muerte de miles de civiles, policías y oficiales de las fuerzas armadas. El número de víctimas ha incrementado significativamente desde 2006.

México ha utilizado a las fuerzas armadas en operativos contra el narcotráfico y la insurgencia durante décadas. No obstante, la visibilidad de las fuerzas armadas en operaciones de seguridad pública incrementó drásticamente durante el gobierno de Calderón, quien planeó el despliegue del Ejército como una de sus estrategias clave para combatir al narcotráfico y mejorar la seguridad pública. Miles de integrantes de las fuerzas armadas han sido incorporados a la policía federal y más de 50.000 efectivos entre militares y policías han sido asignados a distintas partes del país. En ciudades muy violentas, como Ciudad Juárez y Tijuana, los gobiernos locales han designado a militares de alto rango al frente de la policía.

La actual administración de Enrique Peña Nieto ha señalado que el uso de las Fuerzas Armadas era una medida extrema pero temporal, sin embargo no ha presentado un plan para el repliegue de las tropas.

En este escenario tan complicado la Suprema Corte de Justicia de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desempeñado una función relevante en el desarrollo de la cultura jurídica en México.

A partir de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio del 2011, más que una época de cambios, se inauguró en México un cambio de época. Se incorporó a la Constitución el principio pro persona que obliga a una interpretación en clave tutelar de los Derechos Humanos en favor de los gobernados. El esquema se complementó con la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la glosa y cumplimiento de la misma por parte de la Suprema Corte de México.

A partir de esos acontecimientos se inició un proceso de confrontación sobre la competencia de los tribunales militares para conocer

de delitos donde se cometieron violación a los Derechos Humanos de la población civil. El resultado consistió primero en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar. Posteriormente el Congreso de la Unión aprobó reformas para modificar la competencia de los tribunales militares.

Sin embargo la esencia del problema no ha sido abordada. En efecto, los vicios de constitucionalidad y convencionalidad que afectan a la jurisdicción militar no han sido subsanados. A pesar de las reiteradas peticiones de los secretarios de la Defensa Nacional, anterior⁷²⁰ y actual⁷²¹, sigue sin construirse un marco jurídico adecuado para las Fuerzas Armadas mexicanas.

1. Marco jurídico internacional de la jurisdicción penal militar

He sostenido que mantener o suprimir una jurisdicción militar penal en tiempo de paz, es una decisión soberana de cada Estado. Esta se debe tomar con base en la experiencia que se haya tenido históricamente con las Fuerzas Armadas en su relación con las autoridades civiles. El fuero militar ha operado como un control legal sobre el instituto armado, como ha sido el caso en México.

Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos no prohíben per se la existencia de las jurisdicciones penales militares. La jurisprudencia internacional, tanto del sistema universal como del interamericano, considera de manera unánime que la existencia de tribunales militares es compatible con las normas relativas a la

⁷²⁰ Periódico El Universal, México, D.F. 20 de febrero del 2009. En la celebración del Día del Ejército Mexicano el secretario de la Defensa Nacional, Guillermo Galván, aseguró que el combate al crimen organizado exige la actuación “indubitable” del Ejército mexicano. Defendió la permanencia del fuero militar, y urgió al Legislativo a abrir el análisis de iniciativas que fundamenten las tareas en materia de seguridad y justicia del Ejército, ya que ahora están sustentadas en 6 jurisprudencias emitidas por la Corte. En <http://www.zocalo.com.mx/seccion/articulo/no-es-momento-de-indecisiones-sedena>

⁷²¹ Periódico El Universal, México, D.F. 9 de septiembre del 2015. Entrevista del General Secretario de la Defensa Nacional Salvador Cienfuegos, donde afirma que es urgente un marco jurídico adecuado para las Fuerzas Armadas.

independencia e imparcialidad de la judicatura.⁷²² Sin embargo, también sostiene que los tribunales militares deben respetar los principios de independencia, imparcialidad y competencia inherentes al ejercicio de toda función jurisdiccional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha exhortado a los Estados miembros, que mantienen tribunales militares en su orden jurídico, para que reformen “la justicia militar de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”⁷²³ Sin interferir en las decisiones soberanas de cada Estado miembro, se pretende orientar a la justicia castrense en clave de tutela de los Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de las normas adjetivas, los procedimientos penales militares, cuando observan las garantías judiciales prescritas por el derecho internacional de Derechos Humanos, son perfectamente compatibles con los estándares del debido proceso.

El Relator Especial sobre la administración de justicia por tribunales militares, Emmanuel Decaux, señaló “o bien la justicia militar se ajusta a los principios de la buena administración de justicia y se convierte en una justicia como las demás, o bien se pretende que constituya una ‘justicia de excepción’, un sistema aparte, sin contrapesos ni control, que abre la puerta a todos los abusos y no tiene de justicia más que el nombre.”⁷²⁴ La ironía de

⁷²² Ver, inter alia: Comité de Derechos Humanos, “Observación general No 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, CCPR/C /GC 32 de 23 de agosto de 2007, párrafo 22; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Caso Durand y Ugarte c. Perú, Serie C No 68; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, de 12 de diciembre de 2001;

⁷²³ Resolución 56/173, "Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo" de 19 de diciembre de 2001, párrafo 3 (b). En el mismo sentido, ver Resolución 54/179 "Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo", de 17 de diciembre de 1999; Resolución 55/117, "Situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo"; Resolución 40/145, "Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile", de 13 de diciembre de 1985; y Resolución 41/161, "situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Chile", de 4 de diciembre de 1986. En <http://www.un.org/es/documents/ag/res/43/list43.htm>

⁷²⁴ La administración de justicia por los tribunales militares-Informe presentado por el Relator Especial de la Sub- comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, E/CN.4/2006/58 de 13 de enero de 2006, párrafo 8.

la frase “la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música” atribuida al político francés Georges Clemenceau, cobra actualidad cuando la justicia militar se administra y procura al margen de los principios comunes al ejercicio de la función jurisdiccional. La música militar tiene un ritmo y cadencia que permite seguir el paso a las formaciones militares cuando marchan. Este no es un propósito común a toda composición musical. De esta manera la jurisdicción militar no se agota con hacer justicia. Además debe mantener la cohesión y el espíritu de cuerpo, el ethos militar en las corporaciones armadas. Pero lo que les es común a ambas, son los principios y las reglas de la armonía. De esta manera la justicia castrense debe respetar y observar los principios esenciales de independencia, imparcialidad, objetividad y profesionalismo que legitiman a la función jurisdiccional.

El derecho internacional considera a los tribunales militares como jurisdicción especializada, distinta a la ordinaria, lo cual implica de suyo una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y del juez natural. En efecto, el derecho fundamental de acceso universal a la justicia se atempera para el caso de los militares. Por tanto, para ser considerado legítimamente como un órgano judicial, un tribunal militar debe reunir las condiciones de independencia e imparcialidad fijadas por el derecho internacional y sus procedimientos deben observar los principios judiciales inherentes al debido proceso legal o juicio justo.

Adicionalmente la cuestión de la competencia adquiere una señalada relevancia en materia de justicia militar. Se requiere que sea un tribunal competente objetiva y subjetivamente. La determinación de la competencia, no se limita a si la legislación nacional le confiere o no competencia, material o personal, para conocer de determinadas materias. El principio del tribunal competente o juez natural no es una noción formal: tiene un contenido material. Así lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que “para que se respete el derecho al juez natural no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste.”⁷²⁵

⁷²⁵ Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Caso Usón Ramírez contra Venezuela, Serie C No 207, párrafo 110.

Atendiendo a la naturaleza de jurisdicción especial, especializada y excepcional de los tribunales militares, las cuestiones de competencia deben sustentarse en razones objetivas que justifiquen legítimamente coartar la competencia general de la jurisdicción ordinaria e introducir un tratamiento diferencial en materia judicial, al sustraer ciertas materias o determinada categoría de justiciables de los jueces penales ordinarios para someterlos a una jurisdicción especializada castrense.

Las normas y la jurisprudencia internacional delimitan el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, como jurisdicción especializada que coarta el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, conllevan una afectación a los principios de igualdad ante los tribunales y el juez natural respecto a los delitos estrictamente militares y a los delitos de función cometidos por militares en servicio activo. En efecto, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, las jurisdicciones penales militares sólo son admitidas en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente militares cometidos por personal militar o policial. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana: “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha mencionado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”⁷²⁶

En ese sentido, el derecho internacional regula de manera restrictiva el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, confiriéndole un carácter de fuero funcional y no de fuero personal, atado a la condición de militar del sujeto activo o pasivo de la infracción penal. Por tal motivo, la jurisdicción penal militar sólo es admitida bajo el derecho internacional de los Derechos Humanos en razón de su especial ámbito de competencia material y personal, a saber: el conocimiento de delitos estrictamente

⁷²⁶ Ibid. párrafo 108. Ver igualmente, inter alia: Sentencia de 16 de agosto de 2000, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Serie C No 68, párrafo 117; Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Serie C No 190, párrafo 118; y Sentencia de 4 de julio de 2007, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Serie C No 166, párrafo 66

militares cometidos por personal militar. Se trata de un fuero funcional restringido en razón de las personas y de los delitos estrictamente militares.

De la jurisprudencia interamericana y del derecho internacional, podemos establecer parámetros comunes que deben respetar los países que configuren una jurisdicción penal militar:

- a) Las legislaciones del Estado, no debe otorgar competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles. En caso de que así sea, los jueces militares deberán declinar la competencia, ejercitando un control de convencionalidad para dejar de aplicar la norma que los declare competentes⁷²⁷.
- b) Lo mismo sucede con los militares en situación de retiro. Los tribunales militares son incompetentes para juzgarlos⁷²⁸. Este aspecto aún no ha sido atendido por las leyes militares mexicanas. Los militares retirados siguen estando sujetos a la jurisdicción penal militar y al régimen disciplinario castrense. En estos casos también podría aplicarse el control de convencionalidad para dejar de aplicar la norma al caso concreto.

La Corte Interamericana ha precisado que una persona con el carácter de militar en retiro no puede ser juzgado por los tribunales militares, dado su condición de civil.⁷²⁹ Asimismo su jurisprudencia considera que “la

⁷²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú, Serie C No 52, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Caso Cesti Hurtado vs. Perú, Serie C No 56; Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Serie C No 69; y Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Serie C No 119.

⁷²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Caso Usón Ramírez c. Venezuela, Serie C No 207 y Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C No 135.

⁷²⁹ Caso Cesti Hurtado vs Perú, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C N° 56, párrafo151; Caso Palamara Iribarne vs Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párrafo128; Caso Usón Ramírez vs Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No 207, párrafo 111.

aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo.”⁷³⁰

Los tribunales militares no deben asumir competencia para juzgar violaciones de derechos humanos, constitutivas de ilícitos penales, cometidas por personal militar.”⁷³¹ En este caso la jurisprudencia de la Corte de San José es abundante. Particularmente para el caso de México, se cita la sentencia pronunciada en el caso Radilla Pacheco contra México. En cumplimiento de esta, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional e inconveniente al artículo 57 fracción II a) del Código de Justicia Militar, expulsándolo del orden jurídico nacional. Asimismo el Congreso de la Unión en junio de 2014 reformó el artículo 57 fracción II a) del Código de Justicia Militar para hacerlo congruente con este principio.⁷³²

⁷³⁰ Caso Palamara Iribarne vs Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No 135, párrafo 139; y Caso Usón Ramírez vs Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No 207, párrs. 115 y 199, numerales 8 y 9

⁷³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Radilla Pacheco vs. México, Serie C No 209; Sentencia de 30 de agosto de 2010, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Serie C No 215; Sentencia de 31 de agosto de 2010, Caso Rosen do Cantú y otra vs. México, Serie C No 216; Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Serie C No 220 Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Serie A No 68; Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Caso Las Palmeras vs. Colombia, Serie C No 90; Sentencia de 5 de julio de 2004, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Serie C No 109; Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Serie C No 134; Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C No 135; Sentencia de 31 de enero de 2006, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Serie C No 140; Sentencia de 5 de julio de 2006, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Serie C No 150; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Serie C No 154; Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Caso La Cantuta vs. Perú, Serie C No 162; Sentencia de 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, Serie C No 163; Sentencia de 4 de julio de 2007, Caso Escué Zapata vs. Colombia, Serie C No 165 Sentencia de 4 de julio de 2007, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, Serie C No 166; Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Serie C No 190; Sentencia de 23 de noviembre de 2009, , Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, Serie C No 248; Sentencia de 12 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Serie C No 259; y Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, Serie C No 274.

⁷³² Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de junio del 2014.

2. La tendencia internacional hacia la configuración del fuero militar como fuero funcional

En relación al fuero militar, la jurisprudencia y los criterios de derecho internacional se orientan hacia una configuración como fuero funcional. En efecto, la jurisprudencia internacional ha desarrollado ampliamente la naturaleza, alcance y ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar, caracterizándola de fuero funcional. El fuero militar es una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias.

La Corte Interamericana ha constatado que “la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas”⁷³³ y que “inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.”⁷³⁴

Igualmente ha precisado que en un Estado Democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”⁷³⁵

⁷³³ Sentencia de 18 de agosto de 2000, Caso Cantoral Benavides c. Perú, Serie C No 69, párrafo 112

⁷³⁴ Caso Castrillo Petruzzi y Otros c. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No 52, párrafo 128

⁷³⁵ Caso Durand y Ugarte c. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No 68, párrafo 117. En el mismo sentido ver las Sentencias de la Corte Interamericana: Caso Palamara Iribarne c. Chile, de 22 de noviembre de 2005; Caso Masacre de Mapiripán c. Colombia, de 15 de septiembre de 2005; Caso Lori Berenson Mejía c. Perú, de 25 de noviembre de 2005; Caso 19 Comerciantes c. Colombia, de 5 de julio de 2004; Caso Las Palmeras c. Colombia, de 6 de diciembre de 2001; y Caso Cantoral Benavides c. Perú de 18 de agosto de 2000; Sentencia de 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de la Rochela c. Colombia, Serie C No 163, párrafo 200; Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Caso Almonacid Arellano y otros c.

Invocando los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de las Naciones Unidas, la Corte de San José ha señalado que “el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir a la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.”⁷³⁶

Asimismo, ha precisado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y en consecuencia el debido proceso, el cual, a su vez, está ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.⁷³⁷

En ese orden de ideas y en referencia al principio del juez natural en relación con el fuero militar, la el tribunal interamericano destacó que: “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia.” “En este sentido, las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares

Chile, Serie C No 154, párrafo 131; Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Caso La Cantuta, Serie C No 162, párrafo 142; y Sentencia de 31 de enero de 2006, Caso Masacre de Pueblo Bello c. Colombia, Serie C No 140, párrafo 189. Ver igualmente: Federico Andreu Guzmán, *Fuero Militar y derecho internacional, los tribunales militares y las graves violaciones a los derechos humanos*, Comisión Internacional de Juristas/ Comisión Colombiana de Juristas, Opciones Gráficas Editores, Bogotá, Colombia 2003, págs. 102 y siguientes.

⁷³⁶ Sentencia de 30 de mayo de 1999, Caso Castrillo Petrucci y Otros vs. Perú, Serie C No 52, párrafo 129

⁷³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castrillo Petrucci y otros c. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 128

gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción.”⁷³⁸

El concepto de fuero funcional y restringido de los tribunales militares, como jurisdicción especializada con un ámbito de competencia limitado a los delitos típicamente militares cometidos por militares en servicio activo, ha sido aceptado por todos los sistemas de Derechos Humanos. Así lo ha demostrado la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C. en el estudio sobre la incompatibilidad del código castrense mexicano y el derecho internacional. En esa misma línea, cita a la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, ha precisado que “dado que tienen el objetivo especial de abordar las materias relacionadas con el servicio militar, los tribunales militares deberían tener competencia únicamente sobre el personal militar que comete delitos militares o infracciones de la disciplina militar, y en ese caso sólo cuando no representen violaciones graves de los derechos humanos.”⁷³⁹

El concepto de fuero funcional restrictivo de la jurisdicción penal militar se materializa en varios instrumentos internacionales de derechos humanos:

- **La Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada** establece en el artículo 161.2 que los presuntos autores de cualquiera de los actos relacionados con este tipo de actos sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar.⁷⁴⁰

⁷³⁸ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Serie C No 135, párrfos.125 y 126. Ver igualmente, inter alia: Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Caso Usón Ramírez c. Venezuela, Serie C No 207, párrafo 110.

⁷³⁹ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., “La Incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Noviembre, 2014, página 19 párrafo 30.

⁷⁴⁰ Cfr. Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, en [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridocda.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)

- La **Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas**⁷⁴¹ establece en el artículo IX, que “los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.”
- El conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad⁷⁴² de las Naciones Unidas, establece que:
- **“Principio 22. Carácter de las medidas restrictivas.-** Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, non bis in idem, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.”
- **Principio 29. Restricciones a la competencia de los tribunales militares.-** La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado.”⁷⁴³

⁷⁴¹ Cfr. Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en <http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados/a-60.html>

⁷⁴² Cfr. Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad. Documento de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU del 8 de febrero de 2005 Identificación Oficial: Documento E/CN.4/2005/102/Add.1, en <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosPrincipios/PAG0763.pdf>

⁷⁴³ Ibid. Conjunto de Principios, op. cit.

En el estudio sobre la incompatibilidad del código castrense mexicano y el derecho internacional elaborado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos,⁷⁴⁴ se indica que “aunque todavía se trata de un proyecto, los Principios sobre la Administración de Justicia por Tribunales Militares, adoptado por la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que reflejan la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los tribunales militares y lo ha empleado como fuente jurídica.”⁷⁴⁵ Asimismo, señala el estudio, “recientemente, la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de las Naciones Unidas, Gabriela Knaul, ha considerado que el Proyecto de Principios refleja el desarrollo del derecho internacional en el tema. Varios principios que restringen el ámbito de competencia de los tribunales militares evidencian el carácter restrictivo y funcional del fuero militar.”⁷⁴⁶

Principio N° 5, Incompetencia de los órganos judiciales militares para juzgar a civiles. “Los órganos judiciales militares deberían, por principio, ser incompetentes para juzgar a civiles. En cualquier caso, el Estado velará por que los civiles acusados de una infracción penal, sea cual fuere su naturaleza, sean juzgados por tribunales civiles.”

Principio N° 7, Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años. “Los menores, que pertenecen a la categoría de las personas vulnerables, no deben ser procesados y juzgados si no es con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). En consecuencia, no deberían estar sujetos en ningún caso a la competencia de los órganos judiciales militares”.

⁷⁴⁴ Comisión Mexicana de Defensa, op.cit. páginas 20 párrafo 33.

⁷⁴⁵ En la Sentencia del 4 de mayo de 2006, Caso Ergin vs Turquía (Comunicación N° 47533/99), y Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Caso Maszni c. Rumania (Comunicación N° 59892/00).

⁷⁴⁶ Comisión Mexicana de Defensa, op.cit. páginas 20 párrafo 33.

Principio N° 8, Competencia funcional de los órganos judiciales militares. “La competencia de los órganos judiciales militares debería estar limitada a las infracciones cometidas dentro del ámbito estrictamente castrense por el personal militar. Los órganos judiciales militares podrán juzgar a las personas que tengan asimilación militar por las infracciones estrictamente relacionadas con el ejercicio de su función asimilada”.

Principio N° 9, Enjuiciamiento de los autores de violaciones graves de los derechos humanos. “En todo caso, la competencia de los órganos judiciales militares debería excluirse en favor de la de los tribunales de justicia ordinarios para instruir diligencias sobre violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, y para perseguir y juzgar a los autores de esos crímenes”.

Con el propósito de ser lo más exhaustivo posible al analizar los criterios delimitadores de la jurisdicción penal militar, no debo soslayar la posibilidad de que el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar sea expandido. El derecho internacional fija de manera restrictiva esta posibilidad. Sin embargo, existen circunstancias excepcionales en las que la jurisdicción penal militar puede desbordar su ámbito natural de competencia. En el campo de lo hipotético en un Estado fallido. Cuando dejen de existir o colapsen las instituciones ordinarias de administración y procuración de justicia. Se trata de un escenario catastrófico que solamente se podría presentar en situaciones verdaderamente extremas. Estado de guerra, invasión extranjera, desorden generalizado provocado por fenómeno natural de tales dimensiones que impida a las instituciones civiles hacerse cargo de la situación, simplemente porque ya no existen. Remitiéndome al capítulo I de esta tesis, el estado de guerra es el campo propicio para el desarrollo del derecho militar y de su jurisdicción de excepción. En tiempo de paz por su naturaleza propia debe estar acotado y ser restringido. Pero en tiempo de emergencia las condiciones podrían imponer la necesidad de expandir la esfera de actuación del fuero castrense. Este seguramente será el tema de futuras investigaciones.

Como conclusión de este epígrafe, la jurisdicción penal militar para ser compatible con las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional debe:

- a) reunir las condiciones de independencia e imparcialidad inherente a todo órgano de justicia;

- b) tener un ámbito de competencia restringida a los delitos estrictamente militares o que estén relacionados con el servicio y que vulneren bienes jurídicos castrenses, cometidos por militares en servicio activo;
- c) observar, en sus procedimientos, las garantías inherentes al debido proceso.

La Comisión Interamericana resumió la regulación del fuero militar hecha por el derecho internacional, en los siguientes términos: “los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los efectos del procesamiento de integrantes de las Fuerzas Armadas por ciertos delitos realmente relacionados con el servicio y la disciplina militares, que por su naturaleza puedan lesionar los intereses jurídicos militares, siempre que lo hagan con pleno respeto por las garantías judiciales. En estos tribunales no pueden juzgarse violaciones de los derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares, los que deben someterse a los tribunales ordinarios. Tampoco puede juzgarse a civiles en los tribunales militares.”⁷⁴⁷

Este concepto incluye todos los aspectos considerados por el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ello le otorga un alto grado de legitimidad, toda vez que su construcción se hizo en clave de tutela de los Derechos Humanos. Por todo lo anterior considero que es una buena base para configurar constitucionalmente a la jurisdicción penal militar en tiempo de paz.

E. LAS CONDENAS DE LA CORTE INTERAMERICANA CONTRA EL ESTADO MEXICANO RELACIONADAS CON FUERZAS ARMADAS

La Corte Interamericana ha fallado en diversas ocasiones en contra del Estado mexicano:

- *Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos* (6 de agosto de 2008).⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, Doc. Cit., párrafo 231

⁷⁴⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc.

- González y otras (“campo algodnero”) vs México (16 de noviembre de 2009).⁷⁴⁹
- Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos (23 de noviembre de 2009).⁷⁵⁰
- Fernández Ortega y otros vs México (30 de agosto de 2010).⁷⁵¹
- Rosendo Cantú y otra vs México (31 de agosto de 2010).⁷⁵²
- Cabrera García y Montiel Flores vs México (26 de noviembre de 2010).⁷⁵³

Aquellos que se refiere a las Fuerzas Armadas mexicanas y a la jurisdicción penal militar son los que interesan para efectos de este trabajo de investigación. Para conocer su impacto en el orden jurídico mexicano, haré una breve descripción de los efectos de sus resolutivos particularmente por lo que respecta a la jurisdicción militar. Estos son los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra contra México.

El caso **Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos**⁷⁵⁴, es sin duda el más emblemático de ellos. Con motivo de la desaparición forzada de Radilla Pacheco por soldados del Ejército (sin que hasta la fecha se sepa su paradero), la Corte Interamericana pronunció sentencia del 23 de noviembre de 2009 y estableció para el Estado mexicano las obligaciones siguientes:

- Conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada.
- Continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o de sus restos mortales.

⁷⁴⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.doc.

⁷⁵⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.doc.

⁷⁵¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.doc.

⁷⁵² http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/rosendo_19_05_10.pdf.

⁷⁵³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.doc.

⁷⁵⁴ Sentencia disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

- Brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva a los familiares de la víctima a través de sus instituciones públicas de salud especializadas.
- Otorgar una compensación por la cantidad de US \$12,000.00 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en pesos mexicanos y otra por US \$1,300.00 (mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América) que deberá entregarse en partes iguales a los beneficiarios dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia.
- Publicar en el *Diario Oficial de la Federación* y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 7, 52 a 66, 114 a 358 de la sentencia y su parte resolutive y publicarla íntegramente en el sitio *web* oficial de la Procuraduría General de la República, en un plazo de seis y dos meses, respectivamente, a partir de la notificación.
- Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco a través del jefe de Estado en el que se haga referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la sentencia mediante una ceremonia pública en presencia de altas autoridades nacionales y los familiares de la víctima.
- Colocar en un sitio en la ciudad de Atoyac de Álvarez, Guerrero, una placa conmemorativa de los hechos de su desaparición forzada y el restablecimiento de su memoria: semblanza de vida.
- Adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana.
- Adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.
- Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Del listado de reparaciones puede advertirse que las últimas determinaciones del fallo no implican reparación alguna por las afectaciones sufridas ni tienen por objeto el restablecimiento del derecho conculcado. ¿De qué forma construir un monumento abona a tal fin? Las reformas legislativas que se indican siguen la línea establecida por la Corte en su propia jurisprudencia; no corresponden a obligaciones incorporadas en la Convención Americana, ni fueron asumidas por el Estado de forma expresa al suscribirlo; si bien se estiman atendibles.

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. Los hechos fueron en resumen los siguientes.

- Rosendo Radilla Pacheco, era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero. El 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero.
- Los familiares de la víctima interpusieron diversos recursos a fin de que se investiguen los hechos y se sancionen a los responsables. La causa penal fue dirigida a la jurisdicción penal militar. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

Los puntos esenciales de la resolución se refieren a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal en relación con el artículo la obligación de respetar y garantizar los derechos y los artículos I, II y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Los puntos de la sentencia sobre el particular son a saber:

“p. 139. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas. La Corte ha reiterado que ésta constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.”

“p. 140. La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada se desprende no sólo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (...) sino también de otras

definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Además, la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada.”

“p. 146. En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional.”

“p. 153. Para la Corte es evidente que las autoridades militares que detuvieron al señor Radilla Pacheco eran responsables por la salvaguarda de sus derechos. El Tribunal ha establecido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto. Además, esta Corte ha sostenido que la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque “[e]l solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano [...] en contradicción con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Convención.”

“p. 154. Tomando en cuenta lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad e integridad personal, y a la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la CIDFP.”

p. 155. En cuanto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención Americana (...), la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad

jurídica es que se reconozca a la persona [e]n cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones (...).(PÁGINAS 46-47)

p. 157. (...) Más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado. En el caso que nos ocupa, esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. (PÁGINA 47)

p. 159. En conclusión, el Estado es responsable de la violación de los artículos 7.1 (Libertad Personal); 5.1 y 5.2 (Integridad Personal); 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) y 4.1 (Derecho a la Vida), en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos I y XI de la CIDFP.

p. 161. La Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa, precisamente, de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido.

p. 162. Al respecto, este Tribunal ha estimado que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción iuris tantum respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, y compañeros y compañeras permanentes (en adelante “familiares directos”), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso. Respecto de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción.

Por cuanto se refiere a los derechos a garantías judiciales y protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar medidas de derecho interno y los artículos I, incisos A) y B), IX y XIX de La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, los puntos relevantes son los siguientes:

p. 178. La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.

p. 179. Al respecto, la Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que la “verdad histórica” documentada en los informes y recomendaciones de órganos como la Comisión Nacional, no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de procesos judiciales. Ello no obsta para que la Corte tome en consideración los documentos elaborados por dicha Comisión Nacional cuando estén relacionados con la supuesta responsabilidad internacional del Estado.

p. 180. Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido. De manera particular, la Corte ha establecido el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada de personas. En tal sentido, ha confirmado la existencia de un “[d]erecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”. Además, correlativamente, en este tipo de casos se entiende que los familiares de la persona desaparecida son víctimas de los hechos constitutivos de la desaparición forzada, lo que les confiere el derecho a que los hechos sean investigados y que los responsables sean procesados y, en su caso, sancionados. Así, la Corte recuerda que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención. En

consecuencia, en este caso no se pronunciará respecto del alegato de la supuesta violación del artículo 13 de la Convención Americana formulado por los representantes.

En relación a la falta de investigación diligente y efectiva en el ámbito penal, los puntos relevantes son:

p. 190. La Corte ha considerado que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).

p. 191. El derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Además, por tratarse de una desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia incluye que en la investigación de los hechos se procure determinar la suerte o paradero de la víctima.

p. 222. No obstante, el Tribunal destaca que para que una investigación de desaparición forzada, en los términos referidos por la Coordinación General de Investigación, sea llevada adelante eficazmente y con la debida diligencia, se deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada, particularmente, la referida al presente caso. Para ello, el Estado debe dotar a las correspondientes autoridades de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas. Al respecto, la Corte considera que, sin perjuicio de que deban obtenerse y valorarse otras pruebas, las autoridades encargadas de la investigación deben prestar particular atención a la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, que resultan de especial importancia cuando se trata de casos sobre desapariciones

forzadas, “ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”. Lo anterior es esencial en un caso como el presente, en el que el señor Rosendo Radilla Pacheco se encuentra desaparecido desde hace aproximadamente 35 años, y en el que la denuncia formal de los hechos no fue interpuesta inmediatamente a causa del contexto particular propiciado por el propio Estado en su momento.

p. 234. El Tribunal toma en cuenta que el Estado no ha llevado a cabo mayores diligencias en la investigación de los responsables de la detención y posterior desaparición del señor Radilla Pacheco. En tal sentido, la Corte concluye que la investigación no está siendo realizada en forma seria, efectiva y exhaustiva.

Respecto de las actuaciones en la jurisdicción militar, se determinó que no se trata de una jurisdicción competente para conocer respecto de violaciones a los Derechos Humanos. Los puntos relevantes de la sentencia al respecto son:

p. 272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

p. 273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el

debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.

p. 274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal, debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

p. 275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

p. 282. De lo anterior, la Corte estima que el Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar. En tal sentido, dado que los tribunales militares no son competentes, el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse respecto a la supuesta falta de independencia e imparcialidad alegada por los representantes.

En referencia a la inexistencia de un recurso efectivo para impugnar la competencia militar, los puntos relevantes son:

p. 297. La Corte resalta que, como señaló anteriormente en esta Sentencia (...), la participación de la víctima en procesos penales no está limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes. Ello implica

necesariamente que, a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos a través de los cuales la víctima esté en posibilidad de impugnar la competencia de las autoridades judiciales que eventualmente ejerzan jurisdicción sobre asuntos respecto de los cuales se considere que no tienen competencia.

p. 298. En consecuencia, en el presente caso el recurso de amparo no fue efectivo para permitir a la señora Tita Radilla Martínez impugnar el conocimiento de la detención y posterior desaparición forzada de su padre, el señor Rosendo Radilla Pacheco, por la jurisdicción militar, lo cual constituye una violación del artículo 25.1 de la Convención.

La justicia militar en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, es abordada en los puntos que enseguida se transcriben:

p. 310. La Corte ha establecido que “una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico”. Al realizar esta determinación el Tribunal debe examinar si aun cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado.

p. 312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.

p. 313. Por las razones anteriormente expuestas, la Corte considera que la investigación de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no ha sido diligente, no ha sido asumida en su totalidad como un deber propio del Estado ni ha estado dirigida eficazmente tanto a la identificación, proceso y eventual sanción de todos los responsables como a la

determinación del paradero del señor Radilla Pacheco. Asimismo, el Tribunal estima que al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, el Estado ha vulnerado el derecho a un juez natural de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, quienes tampoco dispusieron de un recurso que les permitiera impugnar el juzgamiento de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por la jurisdicción militar. Todo ello en detrimento del derecho a conocer la verdad de aquéllos.

Por cuanto hace al deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos I D) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, lo puntos relevantes son:

p. 321. La Corte ha reiterado que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. Visto de esta manera, el tipo penal de desaparición forzada de personas del Código Penal Federal mexicano presenta un obstáculo para asegurar la sanción de “todos los autores, cómplices y encubridores” provenientes de “cualquiera de los poderes u órganos del Estado”. Para satisfacer los elementos mínimos de la correcta tipificación del delito, el carácter de “agente del Estado” debe ser establecido de la forma más amplia posible.

p. 324. La Corte valora positivamente los esfuerzos realizados por México para adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales. Si bien el tipo penal actualmente en vigor permite la penalización de ciertas conductas que constituyen desaparición forzada de personas, sin embargo, del mismo no se desprende una adecuación que haga plenamente efectiva la normativa internacional vigente sobre la materia. En tal sentido, la Corte Interamericana considera que el Estado no ha cumplido plenamente las obligaciones que le impone el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos I y III de la CIDFP, para garantizar debidamente la investigación y eventual sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada en el presente caso.

El caso **Fernández Ortega y otros contra México**⁷⁵⁵, involucró actuaciones de elementos del Ejército en la violación de derechos humanos y fallas del sistema de procuración de justicia en el cual la Corte Interamericana pronunció sentencia del 30 de agosto de 2010 y fijó para el Estado mexicano las obligaciones siguientes:

- Conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, el proceso penal que tramiten en relación con la violación sexual de la señora Fernández Ortega, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea.
- Examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultó la recepción de la denuncia presentada por la víctima.
- Brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas.
- Continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación para el ámbito federal y del estado de Guerrero respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales que considere los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud.
- Continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad e impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero.
- Implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos dirigido a los miembros de las Fuerzas Armadas, en un plazo razonable.
- Otorgar becas de estudios en instituciones públicas mexicanas en beneficio de Noemí, Ana Luz, Colosio, Nelida y Neftalí, todos de apellidos Prisciliano Fernández.
- Facilitar los recursos necesarios para que la comunidad indígena Mep'aa de Barranca Tecoani establezca un centro comunitario que se constituya como un centro de la mujer, en el que se

⁷⁵⁵ Sentencia disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

desarrollen actividades educativas en derechos humanos y derechos de la mujer.

- Adoptar medidas para que las niñas de la comunidad referida que actualmente realizan estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten o instalar una escuela secundaria en la comunidad mencionada.
- Asegurar que los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual sean proporcionados por las instituciones indicadas, entre otras, el Ministerio Público en Ayutla de los Libres, a través de la provisión de los recursos materiales y personales, cuyas actividades deberán ser fortalecidas mediante acciones de capacitación.
- Pagar la cantidad de US \$5.500,00 (cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en pesos mexicanos por concepto de pérdida de ingresos de la señora Fernández Ortega y del señor Prisciliano Sierra.
- Pagar la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la señora Fernández Ortega como compensación por el daño inmaterial sufrido (dada la gravedad de las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados a las víctimas y el tratamiento recibido, el tiempo transcurrido desde la violación sexual, la denegación de justicia así como por el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias).
- Cubrir una compensación de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las hijas mayores, Noemí Prisciliano Fernández y Ana Luz Prisciliano Fernández y US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las siguientes personas: Colosio Prisciliano Fernández, Nélida Prisciliano Fernández y Neftalí Prisciliano Fernández.
- Cubrir una compensación de US\$ 2.500,00 (dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Prisciliano Sierra.
- Realizar las publicaciones dispuestas en el párrafo 247 de la sentencia.
- Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del caso.
- Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares

internacionales en la materia y de la Convención Americana, en un plazo razonable.

La sentencia adopta la línea de la anterior, al condenar a la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad; si bien en este caso no se ordenó la construcción de un monumento, se reproduce el esquema de la adecuación legislativa.

En el caso Rosendo Cantú y otra contra México⁷⁵⁶, la Corte pronunció sentencia del 31 de agosto de 2010 con motivo de la violación de la señora Rosendo Cantú por elementos del Ejército y estableció para el Estado mexicano las obligaciones siguientes:

- Conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, el proceso penal que tramite en relación con la violación sexual de la señora Rosendo Cantú.
- Examinar el hecho y la conducta del agente del Ministerio Público que dificultaron la recepción de la denuncia presentada por la señora Rosendo Cantú, así como del médico que no dio el aviso legal correspondiente a las autoridades.
- Continuar con el proceso de estandarización de un protocolo de actuación respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales para el ámbito federal y del estado de Guerrero considerando los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud.
- Asegurar que los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual sean proporcionados por las instituciones indicadas; entre otras, el Ministerio Público en Ayutla de los Libres, a través de la provisión de los recursos materiales y personales, cuyas actividades deberán ser fortalecidas mediante acciones de capacitación.
- Brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas.

⁷⁵⁶ Sentencia disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

- Otorgar becas de estudios en instituciones públicas mexicanas en beneficio de la señora Rosendo Cantú y de su hija, Yenys Bernardino Rosendo.
- Continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero.
- Continuar las acciones en materia de capacitación en derechos humanos de integrantes de las Fuerzas Armadas e implementar, en un plazo razonable, un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos dirigido a sus miembros.
- Continuar brindando servicios de tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual por medio del centro de salud de Caxitepec, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de recursos materiales y personales.
- Continuar las campañas de concientización y sensibilización de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación.
- Realizar las publicaciones dispuestas.
- Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso.
- Adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.
- Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nuevamente se condena a realizar el acto público de reconocimiento de responsabilidad así como la adecuación legislativa.

Por último en el caso Cabrera García y Montiel Flores contra México⁷⁵⁷, la Corte pronunció sentencia el 26 de noviembre de 2010 con motivo de la demanda que alegó responsabilidad del Estado por el

757

Sentencia disponible en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano; por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención, y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal en su contra. En ella se establecieron para el Estado mexicano las obligaciones siguientes:

- Conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso, en particular los actos de tortura alegados en contra de los señores Cabrera y Montiel, para determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; así como adelantar las acciones disciplinarias, administrativas o penales pertinentes en el evento de que en la investigación de los mencionados hechos se demuestren irregularidades procesales e investigativas relacionadas con los mismos.
- Realizar las publicaciones dispuestas.
- Otorgar por una sola vez a cada una de las víctimas, la suma fijada en el párrafo 221 de la sentencia, en un plazo de dos meses, por concepto de tratamiento médico y psicológico especializado, así como por medicamentos y otros gastos conexos.
- Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana así como otras pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia y adoptar las medidas complementarias para fortalecer su funcionamiento y utilidad, en un plazo razonable y en el marco del registro de detención que actualmente existe en México.
- Continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes y tortura, así como fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos.
- Pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 253 y 261 de la sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

Vistas las resoluciones, el Estado mexicano está obligado a cumplir todas y cada una de las prestaciones pendientes dentro de los plazos razonables fijados en los fallos respectivos. Pero, ¿también debe cumplirlas si los fallos de la Corte excedieren su competencia y atribuciones y en ellos planteara determinaciones; no de naturaleza subsidiaria, sino esencial, que atentaran contra la soberanía del Estado suscriptor de la jurisdicción? ¿Está obligado el Estado condenado a acatar cualesquier resolución que emita la Corte, más allá de los compromisos signados? ¿Sobre este tópico, la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas ha sostenido de forma constante que el derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado según el derecho internacional consuetudinario ni sobre sus obligaciones según el derecho internacional convencional y, como consecuencia, no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional y los tratados en vigor⁷⁵⁸.

1. Participación de la Suprema Corte en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana del caso Radilla Pacheco

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el Presidente de la República hizo del conocimiento general la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que México reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este reconocimiento de la jurisdicción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos implica que existe la obligación de México de cumplir con la decisión de ese órgano jurisdiccional, toda vez que constituye un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que así lo ha manifestado expresamente. El principio de derecho internacional “*pacta sunt servanda*” establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

⁷⁵⁸ DIEZ DE VELASCO, M. (coord.), *Instituciones de derecho internacional público*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 243.

obliga a cumplirlos en sus términos y de buena fe. México es parte de dicho tratado y está obligado al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Entre ellas cumplir en sus términos la sentencia de condena pronunciada por la Corte de San José en el caso Radilla Pacheco.⁷⁵⁹

En este apartado de la tesis, analizaremos la participación del Poder Judicial de la Federación mexicana en el cumplimiento de la sentencia. Como punto previo expondré los antecedentes del caso. El contexto histórico permitirá comprender de mejor manera la trascendencia de los cambios en el orden jurídico mexicano y permitirán apreciar mejor las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. El caso Radilla Pacheco en contexto, guerra sucia y desaparición forzada

Conocer los antecedentes del caso nos permitirá una visión de conjunto de la importancia que ha tenido en la historia jurídica de México el caso Radilla Pacheco. La información que enseguida se presenta fue obtenida y resumida de la sentencia pronunciada por la Corte de San José el 23 de noviembre del 2009⁷⁶⁰. Se adicionan comentarios personales y notas relevantes que permiten ubicar el contexto de la “guerra sucia” en México⁷⁶¹.

El 15 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una demanda en contra de México, la cual se originó en la denuncia presentada el 15 de noviembre de 2001 por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y por la Asociación de Familiares de

⁷⁵⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco contra estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009, en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf

⁷⁶⁰ El texto completo de la sentencia del caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos puede ser consultada en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/fm_sentenciasradilla.htm

⁷⁶¹ Cfr. MONTEMAYOR, Carlos, “Guerra en el Paraíso”, editorial Debolsillo, México 2009, 586, pp. Esta novela se desarrolla en la sierra del Atoyac, estado de Guerrero, donde operó el movimiento guerrillero de Lucio Cabañas Barrientos. Fue en ese tiempo y lugar donde fue asegurado por soldados del Ejército el señor Rosendo Radilla Pacheco.

Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México. Los hechos del presente caso se refieren a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco⁷⁶², que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército Mexicano, en el estado de Guerrero.

El 25 de agosto de 1974 Rosendo Radilla Pacheco, de 60 años de edad, y su hijo Rosendo Radilla Martínez, de 11 años de edad, viajaban en un autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo. El autobús fue detenido en un retén en donde militares hicieron descender a todos los pasajeros para inspeccionarlos. Posteriormente, los pasajeros abordaron nuevamente el autobús para continuar el viaje. El autobús fue detenido en un segundo retén. Los militares solicitaron a los pasajeros descender del autobús para revisar su interior. Seguidamente, se indicó a los pasajeros que abordaran el autobús, excepto al señor Rosendo Radilla Pacheco, quien quedó detenido porque “componía corridos”.⁷⁶³

Radilla solicitó a los agentes militares que dejaran ir a su hijo, por ser menor de edad, a lo cual accedieron. Asimismo, pidió a su hijo que avisara a la familia que había sido detenido por el Ejército Mexicano. Fue trasladado a la Zona Militar de Atoyac de Álvarez, Guerrero. Posteriormente a su detención, Radilla Pacheco fue visto en el cuartel militar de Atoyac de Álvarez con signos de maltrato físico.

⁷⁶² El señor Rosendo Radilla Pacheco nació el 20 de marzo de 1914 en Las Clavellinas, Estado de Guerrero. El 13 de septiembre de 1941 se casó con Victoria Martínez Neri. Tuvieron 12 hijos. Estuvo involucrado en diversas actividades en la vida política y en activismos social en Atoyac de Álvarez, Gro., en particular, en la organización de caficultores y campesinos de la zona. Formó parte de la Unidad Agraria de la Sierra Cafetalera de Atoyac de Álvarez. Entre el 1 de junio de 1955 y el 31 de agosto de 1956 fue presidente del Consejo Municipal de Atoyac de Álvarez. En septiembre de 1956 desarrolló gestiones como presidente Municipal. De 1956 a 1960 fue secretario general del Comité Regional Campesino. En 1961 fue presidente de la sociedad de padres de familia del Patronato Pro Escuela Federal Modesto Alarcón. En 1965 participó en la fundación de la Liga Agraria del Sur Emiliano Zapata. Entre sus distintas ocupaciones se encontraba también el cultivo del café y coco, así como la compra y venta de ganado.

⁷⁶³ Rosendo Radilla Pacheco componía “corridos”, piezas musicales que relataban diversos hechos sucedidos en Atoyac de Álvarez y las luchas campesinas y sociales de la época. Los reportes de inteligencia militar lo ubicaban como mensajero de los grupos guerrilleros de Lucio Cabañas y Genaro Vázquez.

El 27 de marzo de 1992 la señora Andrea Radilla Martínez interpuso una denuncia penal ante el agente del Ministerio Público Federal en el estado de Guerrero, por la desaparición forzada de su padre y en contra de quien resultase responsable. Posteriormente, el 14 de mayo de 1999 la señora Tita Radilla Martínez, presentó otra denuncia penal ante el Ministerio Público del fuero común de Atoyac de Álvarez, por la desaparición forzada de su padre y en contra de quien resultase responsable. Se determinó que ambas denuncias fueran enviadas a “reserva” por falta de indicios para la determinación de los probables responsables.

En atención a la recomendación 026/2001, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante el acuerdo presidencial de 27 de noviembre de 2001, Vicente Fox ordenó la creación de la Fiscalía Especial para la Investigación de Delitos Cometidos contra Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado. En esta fiscalía se inició una averiguación previa, referente a las denuncias presentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por desapariciones forzadas ocurridas durante la década de 1970 y principios de 1980.

El Juzgado Segundo de Distrito en el estado de Guerrero emitió orden de aprehensión contra Francisco Quiroz Hermosillo, quien al tiempo de los hechos era Teniente Coronel de Infantería del Ejército Mexicano, adscrito a la Costa Grande del estado de Guerrero en la población de Atoyac de Álvarez y que se encontraba encargado de los puestos de revisión que la institución armada tenía establecidos en puntos estratégicos.

El juzgado de distrito declinó su competencia en razón del fuero a favor del juzgado militar que correspondiese. El asunto recayó en el Juez Primero Militar adscrito a la Primera Región Militar, quien aceptó la competencia y ordenó que se abriera el expediente 1513/2005.

Luego de diversa tramitación ante diversos jueces militares que conocieron el caso, el 29 de noviembre de 2006 se dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal por muerte del imputado, Quiroz Hermosillo⁷⁶⁴, quien falleció el 19 de noviembre de ese año.

⁷⁶⁴ Francisco Quiroz Hermosillo fue General de División, jerarquía máxima en el Ejército Mexicano. A consecuencia de diverso proceso penal fue degradado.

El contexto en el que ocurrieron los hechos del presente caso era el siguiente: En diversas partes del territorio mexicano tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas de personas. Así, surgió el acervo probatorio que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el marco del Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos, examinó 532 expedientes de queja sobre desapariciones forzadas de personas perpetradas durante el fenómeno calificado como la “*Guerra Sucia de los años 70*”. A partir de dicha investigación la Comisión Nacional emitió la recomendación 026/2001, en la que indicó que contaba con suficientes elementos para concluir que, en al menos 275 casos de los examinados, a las personas reportadas como desaparecidas se les conculcaron Derechos Humanos.

El gobierno era un ente centralizado en la figura presidencial, en donde no existía un contrapeso exógeno o endógeno para limitar dicho poder. La verticalidad también lo regulaba al interior. Tampoco existía un andamiaje institucional que permitiera someter a las instancias gubernamentales a un proceso de rendición de cuentas. Este régimen autoritario, a los más altos niveles de mando, impidió, criminalizó y combatió a diversos sectores de la población que se organizaron para exigir mayor participación democrática en las decisiones que les afectaban, y de aquellos que quisieron poner coto al autoritarismo, al patrimonialismo, a las estructuras de mediación y a la opresión. El combate que el régimen autoritario emprendió en contra de estos grupos nacionales salió del marco legal e incurrió en crímenes de lesa humanidad y violaciones al Derecho Humanitario Internacional que culminaron en homicidios, desapariciones forzadas y tortura sistemática. Al efecto, se utilizaron a las instituciones del Estado, pervirtiendo las mismas

En el escenario de la sucesión presidencial de 1970, mientras a la vista se desarrolló una lucha político-electoral sin sorpresas ni sobresaltos, decenas de activistas se ubicaron en la clandestinidad, dedicados de tiempo completo a planear, organizar y ejecutar acciones subversivas. Cometieron delitos de alto impacto para conseguir recursos económicos. Secuestraban, extorsionaban y asaltaban bancos. Estas conductas deleznales las justificaban bajo el argumento precario de su lucha revolucionaria. Entre 1973 y 1974 se exacerban las acciones guerrilleras y la contrainsurgencia. La Liga Comunista 23 de Septiembre pasó a un primer plano del enfrentamiento con el gobierno federal a partir del fallido secuestro y consiguiente asesinato del empresario neoleonés Eugenio Garza Sada, en septiembre de 1973. A este acontecimiento le sucede una etapa marcada por medidas drásticas contra la guerrilla: la detención ilegal, la tortura y la

desaparición forzada e, incluso, probables ejecuciones extralegales de activistas y dirigentes.

Otros agrupamientos importantes de la guerrilla mexicana fueron la “Brigada Campesina de Ajusticiamiento del Partido de los Pobres”, dirigida por el profesor Lucio Cabañas, que tuvo presencia básicamente en el estado de Guerrero. Sus principales acciones fueron, además de emboscadas al Ejército y a las fuerzas de seguridad, el secuestro en 1974 del gobernador electo de Guerrero, Rubén Figueroa.

También tuvo impacto en la opinión pública el grupo comandado por el profesor Genaro Vázquez Rojas, la “Asociación Cívica Nacional Revolucionaria” (ACNR), con presencia principal también en Guerrero, organización que no sobrevivió, como guerrilla, a la muerte de su líder en febrero de 1972. Su acción más conocida fue el secuestro de Jaime Castrejón Díez, en ese entonces rector de la Universidad Autónoma de Guerrero, quien fue canjeado por una decena de presos del movimiento armado, mismos que fueron enviados a Cuba por el gobierno mexicano.

Contra estos grupos, la política antisubversiva se caracterizó, al menos hasta 1981, por tener facultades prácticamente ilimitadas. Su operación estuvo a cargo de grupos especialmente formados por algunas corporaciones de la seguridad del Estado, encabezadas por la Dirección Federal de Seguridad.⁷⁶⁵

La violencia continuó hasta inicios de la década de los ochenta y se tradujo en acciones armadas, enfrentamientos, con la continuación de los excesos de los organismos antisubversivos y las consecuentes desapariciones forzadas que engrosaron la relación de hechos ilegales. De las investigaciones realizadas, la Comisión Nacional observó que en esa época las instancias de gobierno que constitucionalmente tenían la encomienda de procurar justicia y resguardar los derechos de los ciudadanos, mostraron su incapacidad y negativa para prevenir, investigar y sancionar los hechos, así como brindar el auxilio necesario a las personas que se interesaban en indagar el paradero de las víctimas de detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas.

⁷⁶⁵ Dirección Federal de Seguridad (DFS) fue una agencia de inteligencia dependiente de la Secretaría de Gobernación, cuya función era recabar información de actividades subversivas o terroristas. Desapareció en 1985.

En la época en que fue detenido Rosendo Radilla Pacheco, existía un patrón de detenciones, tortura y desapariciones forzadas de personas militantes de la guerrilla o identificados como sus simpatizantes. En el lapso de un año de 1973 a 1974, la Secretaría de Defensa Nacional registró 207 detenidos por el Ejército reportados como “paquetes”. Todas esas detenciones fueron ilegales. Los detenidos fueron interrogados, torturados, y muchos de ellos forzados a ser delatores. No fueron entregados a la autoridad competente. Se les mantuvo en prisiones militares y centros de detención clandestinos, durante periodos prolongados de tiempo. Muchos están desaparecidos. El objetivo explícito de la tortura a los detenidos era conseguir información. Los métodos no importaban. Debido a que el detenido no era nunca puesto a disposición de la autoridad competente, se le podría aplicar todo tipo de tortura.

El Informe de la Fiscalía Especial documentó acciones militares desplegadas en el estado de Guerrero que revelan lo que pudieron ser los antecedentes de la detención del señor Radilla Pacheco. En tal informe se indicó que se calculaba que para 1971 el Ejército tenía concentrados en Guerrero 24,000 soldados, una tercera parte de todos sus efectivos y que, para esa época, la Brigada Campesina de Ajusticiamiento del Partido Comunista de los Pobres, liderada por Lucio Cabañas era la que tenía el control de una amplia zona de la sierra, por lo que el Ejército hostigó a las comunidades y detuvo a los pobladores acusándolos de abastecer a Lucio. Al respecto, destacó que luego del secuestro del entonces gobernador electo del Estado de Guerrero, Rubén Figueroa, por parte de la Brigada Campesina, ocurrido el 6 de junio de 1974, semanas antes de la detención del señor Rosendo Radilla Pacheco, la respuesta del Ejército fue brutal en contra de las comunidades campesinas, a las que consideró como bases del movimiento guerrillero. Rosendo Radilla Pacheco fue detenido en ese momento álgido y de tensión en la sierra de Guerrero. Fue uno de tantos considerados sospechosos de colaborar con la guerrilla que había desafiado al poder del Estado mexicano.

El gobierno del Estado mexicano, a fines de la década de 1970, siendo Presidente de la República José López Portillo, realizó una amnistía general respecto de todo lo acontecido durante la “guerra sucia”, otorgó registro legal al Partido Comunista de México y convocó a una apertura democrática. Todo estaba olvidado y había que seguir adelante administrando la abundancia de la riqueza petrolera del país. Iniciaba la década de 1980 y pronto la crisis financiera provocaría tensiones sociales

que fueron el campo propicio para el resurgimiento de luchas sociales del pasado.

Cuando se produjo un cambio en el partido político que ostentaba la Presidencia de México, el 11 de mayo 2002 Vicente Fox ordenó la creación de la Fiscalía Especial para investigar violaciones a Derechos Humanos ocurridas durante los movimientos sociales del pasado. Cinco años tardó esta dependencia hasta que el 15 de febrero 2007, consignó su primera averiguación previa ante la autoridad judicial. Se trató de la probable comisión del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio y secuestro en contra del señor Radilla Pacheco por el entonces General Francisco Quiroz Hermosillo. La Fiscalía Especial fue cancelada por falta de avance en las investigaciones efectuadas.

Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron desatendidas y el caso llegó a la Corte de San José. La Comisión estimó que el trabajo de la Procuraduría General de la República no logró los avances necesarios y sus resultados no han sido significativos en las investigaciones que inicialmente realizó la entonces Fiscalía Especial. Los argumentos que sustentaron la demanda fueron los siguientes:

1. El proceso penal seguido ante la justicia militar por la desaparición forzada de Rosendo Radilla fue considerado violatorio de la Convención Americana, así como de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, por no ser los tribunales competentes para conocer de un caso de graves violaciones de derechos humanos y contravenir los principios de independencia e imparcialidad. Los representantes también señalaron que el Estado violó la Convención, por no haber generado o modificado la legislación interna para impedir que el fuero militar conozca de casos que implican violaciones de derechos humanos.
2. La extensión de la jurisdicción militar en México establecida en el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, se sale del ámbito estricto y cerrado de la disciplina militar, además de que no solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo. Entre los elementos característicos de la jurisdicción penal militar mexicana se encontraba un extenso ámbito de competencia material, que supera el marco de los delitos estrictamente militares, y que mediante la figura del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del Código de

Justicia Militar, la jurisdicción penal mexicana tiene las características de un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito.

3. La detención y posterior desaparición forzada de Radilla Pacheco, en las que participaron militares, no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica de Rosendo Radilla Pacheco.
4. Además, en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.
5. El proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. En el presente caso, la sola posibilidad de que las decisiones emanadas de tribunales militares puedan ser “revisadas” por las autoridades federales no satisface el principio del juez natural, ya que desde la primera instancia el juez debe ser competente.
6. El Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar.
7. La desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco no guarda relación con la disciplina militar y que, por lo tanto, están excluidos de la competencia de la jurisdicción castrense. La jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.

El 21 de septiembre de 2008 el Estado Mexicano, presentó un escrito mediante el cual interpuso cuatro excepciones preliminares, contestó la demanda *ad cautelam* y formuló observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, que se resumen de la siguiente manera:

Reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en perjuicio del señor Radilla Pacheco y sus familiares.

Reconoció parcialmente su responsabilidad en los hechos al contestar:

“toda vez que la justicia penal mexicana persiguió e instauró un proceso penal contra Francisco Quiroz Hermosillo, se reconoce que el señor Rosendo Radilla Pacheco fue privado ilegal y arbitrariamente de su libertad por un funcionario público”; “el Estado incurrió en una demora injustificada en las investigaciones por la desaparición del señor Rosendo Radilla Pacheco, en la localización de sus restos y en la identificación de los probables responsables de los hechos delictivos”. Así, “en el caso *sub judice*, el Estado mexicano no ha podido garantizar a los peticionarios que su derecho al debido proceso sea garantizado rápidamente”; “el Estado mexicano es consciente que la obligación de investigar y sancionar hechos presumibles de violar derechos humanos no puede ser trasladada a los peticionarios, pero también es pertinente señalar que la investigación y sanción de dichos hechos se torna más difícil cuando no son denunciados oportunamente”. Ello “acarreo un serio retraso en el esclarecimiento de los hechos del caso, por cuanto que la obtención de evidencia, tanto para la determinación de los probables responsables, como para la localización de los restos mortales del señor Rosendo Radilla Pacheco, se complica conforme transcurre el tiempo”; “si bien el Estado admite la demora injustificada en este caso, también solicita a la Corte tomar particularmente en consideración la complejidad del presente asunto para determinar la razonabilidad del plazo para su resolución. La propia Corte ha admitido la dificultad que implica la investigación de un caso que ocurrió largo tiempo atrás de las primeras denuncias ministeriales e incluso ante órganos no jurisdiccionales presentadas por los familiares y representantes de la presunta víctima”, y “se habla, pues, de una denegación de justicia, no por negligencia o voluntad de mantener impunidad por parte del Estado, sino porque no ha sido posible localizar los restos óseos del señor Rosendo Radilla Pacheco o establecer su paradero. Resulta innegable que la demora injustificada en las investigaciones ha acarreado un perjuicio para los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco, en cuanto que no han podido tener noticias sobre su paradero y suerte. Adicionalmente, la

angustia propia de la naturaleza humana al desconocer la suerte de un ser querido, obligan a un reconocimiento de la responsabilidad del Estado sobre dicha situación, en violación al artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Por otra parte, México controvertió los siguientes aspectos de la demanda:

“la alegada impunidad en el presente caso, “ya que la investigación continúa”, y porque “existen elementos suficientes para demostrar que actualmente las autoridades agotan todos los medios legales a su alcance para evitarla”.

El Estado también indicó que la Corte “debería declararse incompetente para analizar el contexto circunstancial en este caso”. Finalmente, el Estado mexicano negó su “responsabilidad internacional derivada del incumplimiento de los artículos 2, 3 y 13 de la Convención”.

Es de destacarse que en relación con la alegada violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, el Estado no expresó el reconocimiento de su violación, sin embargo, indicó que se presumía su muerte. Al respecto, manifestó que si bien en el presente caso no existen pruebas fehacientes de que el señor Rosendo Radilla Pacheco fue privado de su vida, la imposibilidad de allegarse de pruebas contundentes, no es óbice para suponer que no ha muerto. Por el contrario, siendo congruentes con los criterios de la Corte, después de 34 años en los que no se ha tenido noticia sobre su paradero o suerte, es razonable presumir que ha fallecido”.

Respecto a la falta de investigación diligente y efectiva en el ámbito penal, el Estado Mexicano indicó que las manifestaciones populares no constituyen una forma reconocida de noticia criminis, por lo que fue el 27 de marzo de 1992 cuando el Ministerio Público tuvo conocimiento formal de los hechos mediante la presentación de la primera denuncia penal. Con base en lo anterior, los hechos fueron denunciados 18 años después de sucedidos y que ese hecho no era imputable al Estado.

En cuanto a la efectividad de las investigaciones argumentó que en 2002 se creó la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (PGR), para lograr el esclarecimiento de los hechos. No existe impunidad, ya que la investigación continúa y las autoridades agotan todos los medios legales a su alcance para evitarla y lograr el esclarecimiento de

los hechos. Las diligencias se han dirigido mayormente a la “localización” del señor Radilla Pacheco, y no a la determinación de otros probables responsables. Las diligencias recientes que se efectúan siguen líneas de investigación concretas, veraces y efectivas para localizar al señor Rosendo Radilla Pacheco o explicar su paradero.

Con la Fiscalía Especial, se respondió a las demandas de esclarecimiento de hechos y de justicia para los presuntos desaparecidos por motivos políticos”, las cuales exigían una respuesta contundente y clara de la autoridad para dar a conocer la verdad a partir de una reconciliación que respetara la memoria y abonara a la justicia. Uno de los ejes de trabajo de la Fiscalía Especial fue la investigación documental e histórica para esclarecer los hechos y dejar constancia de las verdades históricas.

Respecto de la jurisdicción militar, se indicó que tiene un reconocimiento legal en México, y que el término “fuero de guerra” inscrito en la Constitución no implica un privilegio o “prebenda” para los miembros de las fuerzas armadas, sino una jurisdicción especializada que conozca de las faltas y delitos contra la disciplina militar. En tal sentido, el artículo 13 constitucional se refiere a las personas acusadas de un delito y no a las presuntas víctimas, por lo que cuando un civil es víctima de un delito cometido por un militar, la autoridad competente para juzgar el delito son los tribunales militares. Por excepción, cuando los militares cometan un delito del orden común federal y no se encuentren desempeñando un acto del servicio militar, es decir que se encuentren en horas de asueto, no serán juzgados por los tribunales castrenses, sino por los civiles, en razón de que el quebrantamiento de los bienes jurídicos se da en agravio de la sociedad en general.

El Estado indicó que cuando se cometen delitos del orden común o federal por parte del personal militar, se aplican por competencia atrayente dichos Códigos sustantivos por lo que hace al delito y las penas, pero el procedimiento penal militar se rige por el Código de Justicia Militar, en términos de sus artículos 57 y 58. El artículo 57 del Código de Justicia Militar establece dos supuestos para que un delito sea considerado en contra de la disciplina militar: 1) cuando esté contemplado en el libro segundo del Código de Justicia Militar, siempre que el sujeto activo en la comisión del delito sea militar, es decir, esté activo en las Fuerzas Armadas; y, 2) cuando se cometen delitos del orden común o federal por un militar y se actualiza cualquiera de los criterios enlistados del inciso a) al inciso d) de la fracción II del artículo 57 [del Código de Justicia Militar. Asimismo, señaló que las

resoluciones emanadas de los tribunales militares son susceptibles de ser revisados por autoridades federales mediante el juicio de amparo, y que de esta forma se conserva la garantía del juez natural en los casos donde la víctima de un delito sea un civil, puesto que de ninguna manera, las resoluciones de los tribunales militares se vuelven inatacables jurídicamente.

Finalmente se precisó que México formuló una reserva al citado artículo IX de la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, conforme a la cual manifestó que su ordenamiento jurídico interno reconoce “el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio.” En efecto, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil el 9 de junio de 1994, formuló reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Sin embargo esta reserva no considerada válida por la Corte Interamericana, toda vez que iba en contra de la esencia misma del tratado y de los compromisos internacionales que ello implica.

El resultado de la sentencia es bien conocido. En el epígrafe anterior, analizamos su sentido y las obligaciones que se impusieron al Estado mexicano en relación a la jurisdicción penal militar.

3. El pleno de la Suprema Corte y el expediente varios 912/2010

El siete de septiembre de dos mil diez, el Pleno resolvió que se determine cuál deberá ser la participación del Poder Judicial de la Federación en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello se abrió el expediente “varios” 912/2010. EL catorce de julio de dos mil once se emitió una resolución en el mencionado expediente.

Las consideraciones de la Corte son en el sentido de reconocer que el Estado mexicano fue parte en el litigio ante la Corte Interamericana, tuvo la

oportunidad de participar activamente en el proceso y resiente las consecuencias de la sentencia emitida. El pleno de la Corte, no puede evaluar dicho litigio ni cuestionar la competencia de la Corte, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos. En este sentido, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Para el Estado mexicano dichas sentencias tienen la calidad de cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Estas resoluciones emitidas por la Corte de San José, cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.

El Poder Judicial de la Federación como institución del Estado mexicano, también está obligado a atender las consideraciones de la mencionada sentencia. En consecuencia al Poder Judicial le resultan varias obligaciones. La primera de ellas, consiste en que los Jueces deberán llevar a cabo un **control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad**. En el caso mexicano se presenta una situación peculiar, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante el juicio de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. Lo anterior en concordancia con la reforma al artículo 1º de la Constitución⁷⁶⁶, obliga a

⁷⁶⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, cuyo texto es: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar,

todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano y por aquellos contenidos en la Constitución General, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, aplicando el principio *pro persona*.

En cuanto a la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 de la Constitución⁷⁶⁷ en relación con el artículo 1º de la misma, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

La segunda obligación que le resulta al Poder Judicial de la Federación derivada de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*, consiste en que deberá implementar cursos y programas de capacitación para todos los jueces y magistrados, así como y para todos aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas en el Poder Judicial de la Federación. Los temas de la capacitación serán sobre el sistema en general y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia. Asimismo capacitación para el debido juzgamiento del delito de desaparición forzada y de los hechos

sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley (...)."

⁷⁶⁷ Artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

constitutivos del mismo, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada, así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones. El objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo a la especial naturaleza de la desaparición forzada.

La tercera y última de las obligaciones consiste en que deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos. La sentencia de la Corte Interamericana, en sus párrafos 337 a 342, vincula al Estado Mexicano a realizar diversas reformas legales para restringir el fuero militar para juzgar a elementos de las Fuerzas Armadas en activo sólo por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Las reformas constitucionales y a las leyes secundarias en materia de jurisdicción militar, son de la competencia del poder reformador constitucional o del Poder Legislativo del Estado mexicano. Pero también le resultan obligaciones al Poder Judicial de la Federación. Particularmente, en el sentido de ejercer un control de constitucionalidad en los términos precisados en el considerando anterior, sobre el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, de modo tal que se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo que a su vez otorga sentido interpretativo al artículo 13 de la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no establece la necesidad de modificación el contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución, pero en términos prácticos, su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y el artículo 8.1 de la citada Convención Americana.

La conclusión a la que arribó la sentencia cuyo cumplimiento se examina en el expediente varios 912, fue en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien

tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. A lo anterior el mismo Tribunal Internacional añadió que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal civil competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2º de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.

Por tanto el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2º y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados de la materia y favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.

En la resolución que se analiza, la Suprema Corte dispone que esta interpretación deba observarse en todos los casos futuros que sean de su conocimiento, funcionando en Pleno o en Salas e independientemente de la vía por la cual el asunto llegue a estos órganos. Esto es, por las vías ordinarias para la resolución de asuntos, sean estos de competencia originaria del tribunal o sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de importancia y trascendencia para el

ejercicio de las competencias correspondientes. Derivado del sentido de la resolución del expediente varios 911, se emitieron criterio de jurisprudencia para la implementación del sentido de dicha resolución emitida en cumplimiento de la sentencia de la Corte de San José en el caso Radilla Pacheco.

La resolución del expediente varios 912, se convirtió en un parte aguas en el desarrollo jurídico de México. En efecto, hasta antes de ella, las instituciones castrenses encargadas de investigar, procesar y sancionar a los responsables de haber cometido infracciones a la disciplina militar, podían conocer de delitos que a su vez constituyeran violaciones a los derechos humanos. La competencia jurisdiccional se establecía a partir de la calidad de militar del sujeto activo del delito. El cambio de paradigma se produjo con la sentencia del caso Radilla Pacheco pronunciado contra México por la Corte de San José. A consecuencia de ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación inició un proceso de consulta a trámite para establecer las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación que derivan de la sentencia en el caso Radilla. En la resolución del expediente varios 912/2010, se estableció en primer lugar que las sentencias de la Corte Interamericana en las que México sea parte, son obligatorias para todas las autoridades mexicanas. Asimismo, estableció que los jueces militares no eran competentes para juzgar a funcionarios de las fuerzas armadas acusados de violar derechos humanos, ordenando que dichos casos sean turnados a la justicia ordinaria federal.

A raíz de dicha sentencia, así como de otras relativas a casos en los que se condenó al Estado por la extensión de la jurisdicción militar, la Suprema Corte declaró inconstitucional el artículo 57, fracción II inciso “a” del Código de Justicia Militar, emitiendo una jurisprudencia cuya esencia es la siguiente:

“Derivado del cumplimiento que el Estado mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* respecto del artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 constitucional, pero señaló que su

interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁷⁶⁸

En el 2014 a efecto de cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana y materializar legalmente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana, el Congreso de la Unión reformó el Código de Justicia Militar en varias partes.⁷⁶⁹ Sin embargo, no sólo no se alcanzó ese

⁷⁶⁸ Tesis: P. LXXI/2011 (9a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 Pág. 554. RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

⁷⁶⁹ Reforma publicada en el Diario Oficial de la federación el 14 de junio del 2014.

objetivo, sino que se eludió el cumplimiento de otras obligaciones preexistentes en materia de derechos humanos, como por ejemplo, dotar de imparcialidad e independencia a la justicia militar. Además, en lugar de reducir al máximo el fuero militar en tiempos de paz, se fortaleció la institucionalidad de los órganos de procuración de justicia, al haberse creado la Policía Ministerial Militar, institución de investigación que actuará bajo las atribuciones de la Procuraduría de Justicia Militar.

En particular, el Artículo 57 se reformó para excluir de la competencia de los tribunales militares únicamente aquellos casos en donde las víctimas de los delitos hayan sido personas civiles, lo que contraviene lo dispuesto en la sentencia del Caso Radilla Pacheco:

“272. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”⁷⁷⁰

Además, es contraria a la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana en ese mismo sentido⁷⁷¹, incluso en contra de México:

⁷⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Radilla Pacheco contra México, 23 de noviembre de 2009, punto 272, en http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf

⁷⁷¹ Cfr. citados como precedentes en la sentencia Radilla Pacheco, nota 272 al párrafo 218: Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, supra nota 54, párrafo128; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo117; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo112; Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párrafo51; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo165; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, supra nota 54, párrafo142; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, supra nota 129, párrafo202; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 124 y 132; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra nota 133, párrafo189; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párrafo131; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párrafo142; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 83, párrafo200; Caso Escué

“218. La interpretación del Artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el Artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.”⁷⁷²

“198. Es jurisprudencia constante de esta Corte que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no sólo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos.”

“199. Es claro que tal conducta es abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, está excluida de la competencia de la jurisdicción militar.”⁷⁷³

La reforma al Artículo 57, como se aprecia, no satisface los extremos delineados por la jurisprudencia de la Corte de San José, al no haber proscrito la competencia de los tribunales militares para conocer de violaciones de derechos humanos, cuando las víctimas hubieran sido militares.

Además, con dichas reformas, se consolida la facultad del Ministerio Público Militar para realizar diligencias, previo al análisis de su competencia (delitos que atentan contra la disciplina militar). Es decir, los ministerios públicos militares y la policía ministerial militar podrán llevar a cabo investigaciones de hechos que presumiblemente sean de su competencia y, en caso de así considerarlo o por la petición de las víctimas, por ejemplo, declinarán la competencia a favor de los tribunales civiles ordinarios. Las primeras diligencias que lleve a cabo la policía ministerial

Zapata Vs. Colombia, supra nota 56, párrafo 105, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, supra nota 24, párrafo 118.

⁷⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C N° 216. Párrafo 218.

⁷⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C N° 220. Párrafos 198 y 199.

militar, así como la procuraduría de justicia militar, serán incorporadas a los expedientes de los ministerios públicos civiles conforme a la reforma mencionada.

4. Restricciones al ámbito de competencia del fuero militar determinadas por la Suprema Corte

Las resoluciones del Poder Judicial de la Federación han avanzado en acotar el ámbito de aplicación del fuero militar.⁷⁷⁴ El Código de Justicia Militar establece un amplio ámbito de competencia para los tribunales militares, que resulta incompatible con la noción de fuero funcional de competencia restringida.

En 2012, y luego de varias sentencias de la Corte Interamericana, la Suprema Corte de México declaró inconstitucional la norma del Código de Justicia Militar, al amparo de la cual los tribunales militares tenían competencia para conocer de violaciones de derechos humanos cometidas contra civiles, el artículo 57 fracción II inciso a del código castrense. Consideró que esta disposición era incompatible con las obligaciones impuestas por los Artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, de conformidad con la jurisprudencia interamericana, el ámbito de competencia de los tribunales militares estaba restringido a los delitos y faltas contra la disciplina militar. Ello conllevaría a una reforma legal del artículo 57 fracción II inciso a del código castrense en junio de 2014.

No obstante lo anterior, el Código de Justicia Militar contiene un catálogo de ilícitos penales de diversa naturaleza bajo la nomenclatura de “delitos contra la disciplina militar”, y, por tanto, de competencia de la jurisdicción penal militar, que no son delitos militares ni delitos de función. Así, el Artículo 57 del Código de Justicia Militar consagra un fuero personal en materia penal militar, incompatible con la noción de fuero funcional.

En efecto, el Artículo 57, fracción I del Código de Justicia Militar establece que son “delitos contra la disciplina militar” toda una serie de

⁷⁷⁴ Cfr. <http://fueromilitar.scjn.gob.mx> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido un micrositio con información relevante del fuero militar. En este se encuentran todas las sentencias pronunciadas por el Pleno de la Corte ya sea en amparo en revisión o amparo directo.

ilícitos penales, establecidos en el Libro Segundo. Entre estos ilícitos, varios no pueden ser catalogados como delitos militares (stricto sensu o lato sensu), en tanto no afectan bienes jurídicos militares, como por ejemplo: varios delitos contra el Derecho de Gentes (Artículo 209); la piratería y otros delitos (Artículos 210 a 213); los vejámenes y otros actos ilícitos contra población civil de país extranjero (Artículo 215); la rebelión (Artículos 219 y siguientes); la sedición (Artículos 224 y siguientes); el delito de extralimitación del derecho a imponer castigos correccionales (Artículo 296); golpizas y malos tratos (Artículo 298); lesiones personales (Artículo 299); las violencias contra los prisioneros, detenidos, presos o heridos o algún miembro de su familia, cometidas “en campaña”¹⁶⁴ (Artículo 324); pillaje, saqueo, devastación, merodeo, apropiación de botín, contrabando, saqueo y violencias contra las personas (Artículos 325 a 337), cuando son cometidos “en campaña”¹⁶⁵; y el duelo (Artículos 410 y siguientes) entre otros.

Asimismo, el Artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar establece que son “delitos contra la disciplina militar” los delitos de derecho común cometidos por militares, “en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”, contra militares. La norma prevé igualmente otras hipótesis, como por ejemplo la de los ilícitos “cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera”. Así, consagra un verdadero fuero de casta en función de la condición de militar de los sujetos activo y pasivo del delito. La figura del Artículo 57 no puede considerarse “delito de función”, toda vez que la norma no exige ninguno de los requisitos para que se configure tal tipo de ilícito. Por ejemplo, un homicidio, una violación sexual o un acto de tortura cometidos, en horas de servicio, por un militar contra otro uniformado serían “delitos contra la disciplina militar” de competencia del fuero castrense. La respuesta debe ser un contundente no.

Desde luego hay mucho por hacer en cuanto al encuadramiento de la jurisdicción penal militar dentro de los estándares de la jurisprudencia y del derecho internacional. En la última parte de este trabajo de tesis doctoral haré las propuestas conducentes para el caso de México.

CAPITULO III.

LA TRANSFORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN MÉXICO

Las relaciones civiles y militares deben mantener el balance necesario para que un Estado Democrático de Derecho se consolide. Particularmente en las sociedades que transitaron de un régimen oligárquico hacia un modelo democrático y más participativo, la compleja relación entre las corporaciones militares y las autoridades civiles debe ser cuidadosamente atendida. México experimentó desde finales de la década de 1990, una transformación del modelo de presidencialismo fuerte y partido político hegemónico, hacia uno pluripartidista. Ahora se requiere de habilidad política en los dirigentes y capacidad de construir acuerdos para facilitar la acción de gobierno. En este escenario las Fuerzas Armadas han permanecido leales a las instituciones, aunque asumieron la peor parte del proceso de transición. Han sido usadas para combatir a una delincuencia organizada que fue producto de la ruptura en los equilibrios del ejercicio del poder. Las organizaciones criminales ya existían, pero operaban bajo un esquema de pesos y contrapesos con la élite gobernante. Cuando ese pacto no escrito, se fracturó nuevos grupos de poder desafiaron a las instituciones de la República. Al descubrir su fragilidad perdieron el respeto a la autoridad del Estado y pretendieron imponer sus condiciones. El resultado ha sido el desgobierno en algunas regiones aisladas del país. Afortunadamente no percibo un Estado fallido, pero si uno debilitado que no es capaz de conducir sus acciones de gobierno con credibilidad y legitimidad. El desafío, al tercer lustro del siglo XXI, consiste en fortalecer la institucionalidad democrática en un país de abismales diferencias sociales.

Las Fuerzas Armadas mexicanas pueden ser un importante motor en este proceso. Esta institución ha conservado una imagen de respetabilidad y eficiencia de la cual carecen las instancias civiles de gobierno. A pesar de

las severas críticas por su intervención en acciones de seguridad pública y combate a la delincuencia, el Ejército y la Armada siguen representando la institucionalidad y la solidez del país.

Pero aún este bastión de la confianza que es el instituto armado, ha sido fuertemente atacado por sectores de la opinión pública y por quienes en la denostación y el conflicto buscan socavar el tejido social. Ha sido reciente la crítica al fuero militar. Este es un tema sensible para el sector castrense y por ello con más ahínco se le cuestiona.

No había tenido noticia, ni reciente ni antigua, de que un secretario de la Defensa Nacional concediera entrevistas a los medios de comunicación. La Secretaría de la Defensa Nacional emitía boletines de prensa pero su titular jamás concedía entrevistas. Hoy esta regla se ha roto. En efecto el General Salvador Cienfuegos, actual titular, abiertamente ha comunicado las necesidades del sector militar. Entre estas uno de los reclamos más airados es el relativo a la falta de un marco jurídico adecuado para las Fuerzas Armadas.⁷⁷⁵ Siguen existiendo los mismos seis criterios de jurisprudencia que sustentan la operatividad del instituto armado en acciones de apoyo a la autoridad civil. No se ha superado el esquema. La legislación secundaria que norma la actividad de la defensa y seguridad nacional sigue sin actualizarse; es más la aprobación de un nuevo marco regulatorio para el sector ni siquiera están en la agenda legislativa.

El fuero militar en México, no es un privilegio para los soldados y marinos de la República. Todo lo contrario, pues impone un régimen penal y administrativo disciplinario exorbitante de mayor rigor que para los servidores públicos civiles. Para el estamento militar es una cuestión de identidad; un mecanismo para mantener el etos militar y reforzar el espíritu de cuerpo. Por ello considero que no es el momento de suprimirlo. Sin embargo sí considero que sea el tiempo indicado para configurarlo adecuadamente en la Constitución de tal manera que ello trascienda al resto de la reglamentación militar.

⁷⁷⁵ El Universal, México, D.F. 7 de octubre del 2015. Reporteros: Suzzete Alcántara y Horacio Jiménez. “Ejército es Garante de la Soberanía, entrevista al General Salvador Cienfuegos secretario de la Defensa Nacional.

A. NECESIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INTEGRAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS

Configurar constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, es una tarea que no se ha intentado en México. Sostengo lo anterior en función de su actual incorporación al texto fundamental. El artículo 13 constitucional, en la parte relativa indica que “subsiste el fuero de guerra”. En el capítulo II de este trabajo analizamos la génesis de esa disposición que ha pervivido durante toda la vida independiente de México. Es más nos transporta a la etapa virreinal y a las Ordenanzas de San Lorenzo, del último tercio del siglo XVIII, como documento fundacional del derecho militar mexicano. Las normas constitucionales que regulan al sector militar no han sido tocadas en doscientos años o más, pues desde entonces subsisten. Es tiempo de acometer esa tarea.

Pergeñar una configuración constitucional para las Fuerzas Armadas debe ser una labor con visión periférica. Iniciar con una retrospectiva crítica de las relaciones civiles militares. Continuar con la función que deben realizar en un Estado Social y Democrático de Derecho sin soslayar las necesidades actuales de defensa y seguridad nacional. Finalizar con su adecuación a los estándares internacionales sobre la materia.

Al respecto, Casado Burbano explica: "En sentido amplio, el ejército constituye un conjunto organizado de medios personales y materiales al que el Estado encomienda, de modo primordial, la defensa armada de la comunidad. Como cuerpo social, las fuerza armadas reúnen aquellas notas de objetividad, ordenamiento específico, organización, estabilidad y fin que, entre otras cosas caracterizan y configuran a toda institución. Son una institución del Estado que, en último término, persigue los mismos fines que éste; no disponen de otra personalidad jurídica distinta de la del mismo Estado y no son, por tanto, un sujeto de derecho capaz de tener ni de expresar una voluntad propia o diferenciada de la estatal."⁷⁷⁶

La Constitución debe delimitar las funciones que le corresponden a las Fuerzas Armadas en un Estado Social y Democrático de Derecho. Debe ser el ejecutor de la política del Estado en materia de defensa, tarea que

⁷⁷⁶ CASADO BURBANO, Pablo. “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”. Revista Española de Derecho Militar. No. 36. Madrid, 1978. Pág. 5

cumple como parte de la administración gubernamental. Las misiones que le son asignadas, y en especial el poder de utilizar las armas de manera monopólica, lo conforman como una institución que tiene características muy peculiares. La prestación del servicio público de defensa y seguridad nacional es la primera y más importante obligación a cargo del Estado. Las Fuerzas Armadas son responsables de atender la delicada misión de brindar seguridad interior y exterior del país. Por ello se impone a los militares un régimen jurídico exorbitante, cuyas exigencias de toda necesidad significan una limitación a los derechos constitucionales de los individuos que desempeñan el servicio militar voluntario.

En este sentido Canosa Usera señala, "la defensa nacional se convierte en la apoyatura constitucional para explicar esas indudables especialidades de la organización militar. Bastaría, por tanto, interrogarse ante cada rasgo distintivo de los ejércitos por su entronque con la defensa nacional; si sirve a ésta no cabrán dudas de su legitimidad constitucional; por el contrario, la defensa nacional se garantiza sin ese elemento diferencial, entonces, lo conveniente sería eliminar tal especialidad".⁷⁷⁷

En todo caso, y como parte de la administración pública, las Fuerzas Armadas deben cumplir sus funciones dentro del marco de la legalidad. Existen numerosas normas jurídicas que determinan tanto su existencia como su forma de funcionamiento. También se encuentran reguladas las funciones de cada uno de sus miembros de forma muy específica y particular. En el ámbito militar la emanación y el cumplimiento de las órdenes de mando no se caracteriza por la presencia de amplios márgenes de actuación, ya que la misma jerarquía es una forma de reducir la discrecionalidad. Las normas que conforman el derecho militar, se distinguen del resto del ordenamiento jurídico y no obedecen a los mismos principios. En este sentido Jiménez Villarejo señala que "ante todo, conviene recordar que ha sido un rasgo típico de la sociedad tradicional, del que perviven en la moderna no pocos residuos, el de la particularidad mayor o menor, de los ejércitos con respecto a la sociedad global. Una manifestación de dicho rasgo, cuya versión patológica sería un cierto grado de autonomía del mando militar en relación al poder civil -es la existencia de un ordenamiento jurídico singular, de carácter fundamentalmente

⁷⁷⁷ CANOSA USERA, Raúl. "Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar". Revista del Poder Judicial. 2ª Época. No. 34. Madrid, Junio de 1994.

sancionador, que tiene como objetivo prioritario tutelar determinados valores- entre ellos, con marcado relieve la disciplina- definidos como indispensables para la institución castrense."⁷⁷⁸

La organización de las Fuerzas Armadas y la conducta de sus miembros es fruto de planteamientos y métodos muy distintos que los aplicables a otras instituciones estatales. Sin embargo, ello no supone que las normas reguladoras de su organización y comportamiento contravengan al resto del ordenamiento jurídico. Se trata de subsistemas de normas con características propias, pero que enlazan y se encuadran en un sistema único y armónico. Fernández Segado sobre este punto indica que "resulta incuestionable que el enjuiciamiento militar sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución vigente". En este sentido concluye que "si bien la singularidad de la jurisdicción militar se traduce en un conjunto de especialidades sustantivas y procesales, tal circunstancia no es óbice para que el derecho sustantivo, penal y disciplinario como también el procesal penal y disciplinario militar hayan de encontrarse en su regulación acomodados a la Constitución."⁷⁷⁹

El derecho militar y muy en lo particular la jurisdicción penal castrense, deben configurarse en armonía con el resto del orden jurídico nacional. Además observarán las directrices del derecho internacional y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, del sistema universal y regional en principio, pero dada la tendencia globalizadora y unificadora de la interpretación de los Derechos Humanos, también del Tribunal de Estrasburgo. Según Canosa Usera, "nada justifica en un Estado de Derecho que un derecho penal militar, sustantivo y procesal perviva al margen de la Constitución e implique fuero privilegiado para los miembros de los institutos armados. ... La disciplina y su mantenimiento requieren, no hay

⁷⁷⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO, José. "Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional". Madrid 1991, Editorial Coles. Pág.7.

⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Marco Constitucional. La Jurisdicción Militar: Su organización y competencia. La Jurisdicción Militar". Madrid 1992, Consejo General del Poder Judicial, pág. 35.

duda, trato diferente a los militares, pero cualquier distinción no encaminada a salvaguardarla sería arbitraria e ilegítima".⁷⁸⁰

La conclusión obligada, es que los militares deben quedar sujetos a un régimen jurídico de excepción, desde el nivel constitucional. No solamente se debe considerar a los institutos armados de tierra, aire y mar como corporaciones, sino también definir la situación jurídica individual de los ciudadanos que sigan la carrera militar. De esta manera la legislación secundaria y aun la reglamentaria tendrían que atender los principios consagrados en la norma suprema.

Ricardo Guastini define a la constitucionalización como el "proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' de las normas constitucionales".⁷⁸¹ Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa.

Para el caso de México estimo que el proceso de constitucionalización de la institución militar debe ser diferente al de las instituciones civiles del Estado. Debe considerar las peculiaridades de la organización castrense como factor de poder y la necesidad de someterlas al control de las autoridades civiles. Asimismo debe sustentarse en normas tan claramente pergeñadas, de tal manera que su interpretación no permita expandir las hipótesis de su aplicación. La sobreinterpretación del texto constitucional debe estar claramente acotada.

Según Ortega García, "la sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico y del hecho de que bajo la óptica del constitucionalismo aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante, en cuanto reguladora de todos los aspectos de la vida social y política. Y es que para cumplir la función que le asigna el Estado constitucional contemporáneo, la Constitución debe ser interpretada en un sentido distinto al literal. Las disposiciones constitucionales, digámoslo así,

⁷⁸⁰ CANOSA USERA, Raúl. "Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar", op.cit, pág. 65.

⁷⁸¹ Cfr. CARBONELL, Miguel (coord.) "Neoconstitucionalismo (s)", editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 49-73

deben ser sobreinterpretadas, lo que es tanto como afirmar que su significado ha de ampliarse o extenderse hasta cubrir casos o situaciones que inicialmente no fueron previstos por el Constituyente.”⁷⁸² Según Guastini, “la sobreinterpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que permite colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador.”⁷⁸³

Ocurre que por medio de la sobreinterpretación, “el intérprete constitucional extrae contenidos normativos implícitos en el texto, creando normas jurídicas no expresadas. Esta tarea de hacer explícito lo que no lo es se desarrolla mediante la técnica señalada de extender el significado de la disposición constitucional para cubrir casos no previstos por los autores de la misma, lo que supone equiparar a la sobreinterpretación de la Constitución con la interpretación extensiva, en tanto pertenece al género de la llamada interpretación correctora, entendida como la que atribuye a un texto, no su significado literal más inmediato, sino uno diverso, el cual puede ser más restringido o más extenso. Y sólo si el significado asignado es más amplio que el estrictamente literal se hablará de interpretación extensiva.” Así, de lo dicho se colige que “la sobreinterpretación de la Constitución supone extraer los contenidos normativos implícitos en el texto constitucional por medio de la interpretación extensiva, que consiste en ampliar o extender el significado de las disposiciones para cubrir casos que no están expresamente incluidos en su campo de aplicación.” Por lo tanto, la sobreinterpretación de la Constitución “equivale a formular normas implícitas o no expresadas por el Constituyente, lo que a su vez equivale a reconocer que el intérprete constitucional crea derecho.”⁷⁸⁴

Estas consideraciones hacen necesario determinar si la sobreinterpretación de la Constitución se despliega sobre todo el texto

⁷⁸² ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El Modelo Constitucional de Derechos Humanos en México. Estudios sobre Constitucionalización del Derecho”. Editorial Tirant Lo Blanch, México 2015, pág. 30.

⁷⁸³ GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Traducción de José María Lujambio, en Miguel Carbonell (ed.) Estudios de Teoría Constitucional, Fontamara, México, 2001, pág. 153.

⁷⁸⁴ ORTEGA GARCÍA, op.cit. pág. 31.

constitucional o sólo ciertas disposiciones. La respuesta la debe dar la propia Constitución. En el caso del ordenamiento jurídico mexicano, el artículo primero constitucional autoriza la interpretación extensiva de las normas sobre Derechos Humanos. Sin embargo esta técnica no debe operar en las normas configurativas de la jurisdicción militar. La propia ley fundamental debe clarificar el espíritu restrictivo de dicha normativa. No puede permitirse una interpretación extensiva por parte de los jueces y aplicadores de la regulación militar. Los legisladores tampoco deben aprobar normas implícitas o no expresadas por el Constituyente de manera categórica al momento de construir el marco normativo para el instituto armado.

La configuración constitucional del fuero militar debe estar sustentada en principios legitimados por el derecho y la jurisprudencia internacionales. Dichos principios y su ponderación es fundamental para el tema que nos ocupa. En efecto, considero que los principios son las normas constitucionales por antonomasia en los ordenamientos constitucionalizados. Aunque la expresión suene forzada el derecho militar debe ser “principalista”. Los principios que le otorguen encuadramiento, son normas que positivizan Derechos Humanos y los incorporan al ordenamiento jurídico a nivel constitucional, confiriéndoles supremacía jurídica.

El principalismo castrense incorporado a la Constitución debe producir un efecto de irradiación sobre la totalidad del ordenamiento jurídico militar. Esto debe impregnar cualquier materia susceptible de regulación jurídica de las instituciones armadas. Ahora bien, cuando al aplicar un principio constitucional se suscita un conflicto con otro, el intérprete ha de ponderarlos con base en el juicio de proporcionalidad para asignarle un peso relativo en el caso concreto, que es en lo que radica propiamente la ponderación. En este sentido dicha ponderación debe ser restrictiva para el ámbito de aplicación de la norma militar; y por el contrario debe ser de amplitud en cuanto a la tutela y protección de los Derechos Humanos de las víctimas colaterales de las misiones militares como de los propios soldados que las conducen. Este es un ejercicio de sincretismo complejo, pero que sustentado en los principios que hemos desarrollado en esta tesis, simplifican notablemente la justipreciación y ponderación de las normas castrenses, particularmente las reguladores de la jurisdicción disciplinaria y penal.

El proceso de constitucionalización de la jurisdicción penal militar debe permitir la aplicación directa de las normas que la constitucionalicen. Los jueces y magistrados integrantes de los tribunales militares, los vocales de los Consejos de Guerra y eventualmente los jueces y magistrados federales dentro del juicio de amparo, deberán validar los principios de rango constitucional, en el sentido de darles fuerza y firmeza, sin necesidad de que haya una ley de por medio que los desarrolle o concrete. No hay mejor forma de garantizarlos que aplicando la Constitución de manera directa y sin intermediarios. Todo juzgador que asuma competencia para conocer de cuestiones estrictamente de naturaleza militar deberán ponderar principios constitucionales o balancear derechos fundamentales, convirtiéndose en aplicadores directos de la Constitución y ya no exclusivamente de la ley. La clave del constitucionalismo contemporáneo es realizar una ponderación razonable de los principios. Rechazar la que sea producto de la arbitrariedad y de las pasiones subjetivas del juzgador, y en cambio dotarla de controles o parámetros de racionalidad. Los principios deben ser “mandatos de optimización”, esto es, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes”.⁷⁸⁵ Este tipo de interpretación de la norma militar se adiciona con el concepto de interpretación conforme a la Constitución. Esta supone que para los jueces y demás operadores del derecho es obligatorio interpretar las leyes de manera tal que su significado esté de acuerdo con el de la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento. También se le conoce como interpretación adecuada o armonizante de las leyes.

Considerando lo anterior, cuando no exista una norma secundaria que regule cuestiones relacionadas con las Fuerzas Armadas, se aplicará directamente la Constitución. Cuando las haya, el juzgador podrá ejercitar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Con base en la ponderación que realice podrá determinar si deja de aplicar la norma contraria al texto constitucional y se sustenta únicamente en este. Ahora bien si se trata de la autoridad judicial de la federación actuando en el juicio de amparo, podrá invalidar la norma contraria a la Constitución y expulsarla del orden jurídico.

⁷⁸⁵ El concepto de “mandatos de optimización” es tomado de Robert Alexy, “Teoría de los Derechos fundamentales”, en ORTEGA GARCÍA, op. cit. pág. 45.

De igual manera siguiendo esta tendencia, se dotaría a las Fuerzas Armadas de un marco normativo de nivel constitucional que garantizaría su operatividad y funcionamiento, bajo la conducción directa del Presidente de la República. Las leyes secundarias serían desde luego convenientes y deseables, pero no indispensables para legitimar la actuación militar y sus misiones en tiempo de paz, además de aquéllas que realicen en apoyo de las autoridades civiles en labores de seguridad pública.

Por otra parte, este modelo propuesto evitaría que el Poder Legislativo bloqueara la discusión y aprobación de las iniciativas para conformar el marco normativo de las instituciones armadas y su jurisdicción especial y excepcional. Se trata de temas sensibles que fácilmente se politizan. Ello desnaturaliza y saca de contexto un debate que debe sustentarse en técnica jurídica y conocimiento del sector militar.

Otra de las cuestiones que deben orientar la configuración constitucional de la jurisdicción militar son los Derechos Humanos. Esto guarda pertinencia con el régimen de limitaciones a los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas. Conforme a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las restricciones o limitaciones a los derechos constitucionales deben estar expresamente sancionadas por el texto constitucional. La parte final del párrafo primero del artículo uno de la Constitución establece que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.**” La última frase resaltada en negritas, señala el camino. Solamente mediante una disposición expresa en la Constitución pueden limitarse los derechos fundamentales en este caso de los militares en activo.

Está claro que toda restricción tiene que cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución. Por ejemplo, el artículo 29 constitucional menciona ciertas condiciones que deberán cumplir las restricciones de alcance general, esto es, aquellas que no se aplican a una persona o personas determinadas, sino a un sector importante de la población. Por otra parte, la Constitución también contempla restricciones aplicables en situaciones concretas y a personas determinadas. Es lo que ocurre con el arraigo, el cateo, la intervención de comunicaciones privadas, las visitas domiciliarias

y la prisión preventiva. En todos estos supuestos, la medida deberá cumplir con los requisitos establecidos en las normas constitucionales respectivas.

Ahora bien, por regla general, toda restricción a un derecho fundamental tenderá a proteger otro derecho o interés público constitucionalmente reconocido. En el caso de las limitaciones que impone la función militar, se justifica la atemperación a sus derechos constitucionales, pues ello abona en beneficio de la operatividad institucional de las Fuerzas Armadas. Si bien se afectan los derechos de los militares como ciudadanos en lo individual, con ello se preserva un bien de mayor entidad que en este caso es la preservación del Estado. Su defensa y seguridad están a cargo de la fuerza militar que debe operar con eficiencia y eficacia en sus misiones, para lo cual requiere de un sistema de tutela penal y disciplinario administrativo de características especiales y excepcionales.

Toda medida restrictiva en consecuencia, tiende a generar un conflicto entre derechos o bienes constitucionales. Cuando eso sucede, corresponderá al legislador en primera instancia, pero una vez creada la norma, también a los tribunales decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, debiendo practicar para ello un ejercicio ponderativo en el que se sopesa la importancia de preservar ciertos valores, frente al grado, ya sea leve, moderado o alto, de afectación de derechos al individuo. Solamente si el ejercicio de ponderación es positivo, se justifica legítimamente dicha afectación. La afectación de los derechos constitucionales de los militares no debe ser arbitraria ni excesiva. Debe estar en línea con los principios de derecho internacional y las limitaciones fijadas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. El grado de la afectación deberá ser el mínimo indispensable para facilitar la operación institucional de las instituciones castrenses.

Ha sido muy polémica la determinación de la Corte mexicana, plasmada en el engrose de la contradicción de tesis 293/2011. La tesis central que fue aprobada por la mayoría de ministros sostiene que los Derechos Humanos previstos en los tratados ratificados por México forman parte del bloque de Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y tienen, por consiguiente, rango constitucional. Sin embargo, la tesis aclara si la Constitución prevé una restricción al ejercicio de los derechos humanos deberá estarse a lo que disponga la propia Constitución. De manera que frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) y una norma de un tratado internacional (más protectora), deberá prevalecer invariablemente la primera. Sólo así se cumplirá lo dispuesto en la parte

final del primer párrafo del artículo primero de la Constitución, que dice que el ejercicio de los derechos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece, preservando intacto el principio de supremacía constitucional.

Sin embargo, si bien la Corte suprema llega a la conclusión de que las normas de Derechos Humanos previstas en la Constitución y las contempladas en tratados internacionales tienen la misma jerarquía, integrando incluso un mismo cuerpo regulatorio y un parámetro de regularidad constitucional, también sostiene que en caso de un conflicto entre una norma constitucional que restringe el ejercicio de algún derecho humano en particular, y una norma de un tratado internacional más favorable para la protección de la persona, deberá prevalecer la primera.⁷⁸⁶ Cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los Derechos Humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional. No importa cuán aberrante sea la restricción, si está en la Constitución debe prevalecer.

Este criterio interpretativo me parece inadecuado para el ámbito civil, sin embargo, empata muy favorablemente con el régimen restrictivo de los derechos fundamentales de los militares. Mi postura no es contradictoria, pues se sustenta en las diferencias medulares del derecho militar frente a las propias del derecho común. En tanto el primero es producto de un régimen de excepción, el segundo debe ser de amplia tutela de los derechos fundamentales del ciudadano.

Como expresamente se estableció en el artículo primero constitucional, en México todas las personas son titulares de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos

⁷⁸⁶ Cfr. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época Pleno Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Pag. 202 Jurisprudencia (Constitucional) **DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.**

humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo primero constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, no se deberá estar a lo que indica la norma restrictiva constitucional, sino aplicar el principio de conceder el mayor beneficio al gobernado en la tutela de sus Derechos Humanos.

Pues bien, me parece que el engrose de la contradicción de tesis 293/2011 pone al descubierto una contradicción con la propia Constitución que prescribe interpretar las normas de Derechos Humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. La sentencia establece un enfoque restrictivo de los Derechos Humanos que significa un retroceso respecto de lo que el Pleno de la Corte mexicana resolvió en el expediente Varios 912/2010 y en distintas tesis y jurisprudencias dictadas con motivo de ese histórico fallo. Además es regresiva, toda vez que se aparta de precedentes garantistas violando con ello la Constitución que establece el principio de progresividad de los Derechos Humanos.

Investigadores de la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) indican que “si bien la creación de un sistema jurídico especial tiene un fundamento histórico en las necesidades particulares de la institución que detenta el uso legal de la violencia, en la medida en que le permite garantizar la disciplina y el cumplimiento de las órdenes, el modelo actual de justicia militar tiene cada vez menos cabida en los marcos políticos, institucionales y sociales de los países latinoamericanos. De allí que en algunos países, ya ha sido planteada la necesidad de debatir a profundidad la configuración de un nuevo modelo de justicia militar, que responda tanto a las necesidades funcionales de la institución como a los principios constitucionales, los estándares internacionales del derecho, y el contexto democrático.”⁷⁸⁷

En México la necesidad de debatir sobre las reformas al marco jurídico para las Fuerzas Armadas y especialmente de la jurisdicción penal militar, es cada vez más apremiante. Sin embargo la perspectiva de su

⁷⁸⁷ RIAL, Juan (coord.). “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 163.

realización es poco probable en el corto plazo. Pasado el furor causado por la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco no oteo el interés de las autoridades de llevarlo a cabo. Cuando el Senado de la República organizó las mesas de discusión y análisis en relación a la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar, propuse ampliar el debate al artículo 13 constitucional. Concluido el proceso de su reforma el tema dejó de estar presente en las agendas legislativas de los partidos políticos y de la Consejería Jurídica de la Presidencia de la república. Esa era la oportunidad para que la autoridad asumiera con responsabilidad el análisis de este tema.

Lamentablemente los tiempos de la política no siempre coinciden con las necesidades jurídicas. Es por ello que propongo que este debate se promueva en el sector académico de México; que sean las universidades y centros de investigación jurídica y social quienes propongan una agenda de la reforma. La vinculación con el estamento castrense debe darse a través de las asociaciones de militares retirados.⁷⁸⁸ Ellos cuentan con experiencia, conocimiento y el tiempo suficientes para informar y orientar al sector académico.

B. PROPUESTA PARA UNA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Cuáles deben ser los aspectos que debe contener una disposición constitucional configurativa de las Fuerzas Armadas. Primeramente me referiré a los aspectos generales o institucionales que deben ser considerados. Enseguida lo haré respecto de la jurisdicción militar.

Los aspectos a constitucionalizar para el instituto armado desde una **perspectiva corporativa** deben ser:

- a) establecer el monopolio exclusivo del Estado en cuestiones de defensa y seguridad nacional;
- b) un esquema orgánico institucional para las Fuerzas Armadas;⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ Existe una Asociación de egresados del Colegio de la Defensa Nacional, que puede ser una instancia más que adecuada para participar en este debate y en la construcción de la reforma requerida.

⁷⁸⁹ En el capítulo I, apartado 2, presentamos los diferentes modelos para configurar a las corporaciones militares: divergente, convergente, segmentado y ecléctico.

- c) el espacio propio de su actuación en tiempo de paz, estado de emergencia y en caso de guerra;⁷⁹⁰
- d) la definición del estado de emergencia y su graduación;⁷⁹¹
- e) subordinación a las autoridades civiles⁷⁹²
- f) mecanismos de coordinación entre el ejército, armada y fuerza aérea⁷⁹³

Respecto al **régimen disciplinario** militar, las cuestiones que deben ser objeto de escrutinio constitucional son las siguientes:

- Principios orientadores del régimen disciplinario militar: adecuación, proporcionalidad, inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando, taxatividad, mínima entidad sancionadora, definitividad, responsabilidad del mando
- Sujetos obligados por la norma disciplinaria militar
- Ámbito objetivo de su aplicación

Por cuanto se refiere a la **jurisdicción penal** militar, que es el objeto de esta tesis, los objetivos a considerar para ser compatible con las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional debe:

- a) reunir las condiciones de independencia e imparcialidad inherente a todo órgano de justicia;
- b) tener un ámbito de competencia restringida a los delitos estrictamente militares o que estén relacionados con el servicio y que vulneren bienes jurídicos castrenses, cometidos por militares en servicio activo;
- c) observar, en sus procedimientos, las garantías inherentes al debido proceso.

⁷⁹⁰ Debe incluir la función militar y las misiones de las Fuerzas Armadas. Ver Capítulo I punto 2.1

⁷⁹¹ Ver Capítulo I punto 5.4

⁷⁹² Ver Capítulo I punto 1.1 y 1.2

⁷⁹³ La creación de un Estado Mayor Conjunto

- d) configurar un órgano persecutor de los delitos militares que conduzca las investigaciones de forma imparcial e independientes;

En este epígrafe solamente nos referiremos a la configuración constitucional desde la jurisdicción penal militar con exclusión de los dos temas antes enunciados. En la región Iberoamericana, la evolución de la justicia militar ha seguido una dinámica diferente a Europa. Según los investigadores de la Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) “las reformas del sistema de justicia militar en la región, constituyen todavía parte de un proceso que se encuentra en sus inicios. La mayoría de los países estudiados no han logrado aún implementar reformas, pese a que se han planteado iniciativas que pretendían constituirse en tales a partir de su aprobación en los parlamentos. De esta manera, es posible afirmar que la intensidad de las reformas en la región es todavía incipiente.”⁷⁹⁴

Continuando con la cita, “de las reformas que han logrado implementarse hasta el momento se concentran en dos elementos: la redefinición de los delitos y procedimientos militares y la estructura administrativa del sistema. En el primero, en líneas generales existe la posibilidad de que el catálogo de delitos militares (así como las normas procedimentales) sean incorporados al código penal ordinario de cada país, eliminando los códigos de justicia militar o; por el contrario, manteniendo éstos últimos casi intactos con algunas modificaciones menores. En el segundo caso, existe la posibilidad de que la estructura que administra la justicia militar sea eliminada, para que las causas relacionadas con delitos militares pasen a ser juzgadas en los fueros civiles u ordinarios. En caso contrario, se propone realizar algunos ajustes a la estructura administrativa actual para incorporar un componente civil, siendo así posible una participación mixta al menos en los niveles más altos de la estructura.”⁷⁹⁵

Se observan dos grandes tendencias en el proceso de reformas de la legislación militar en la región iberoamericana. Las primeras privilegian la

⁷⁹⁴ RIAL, Juan (coord.). “La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia.” Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010; p. 160.

⁷⁹⁵ Ibid.

autonomía de la organización de la justicia militar caracterizada por su dependencia del Poder Ejecutivo y su desvinculación de la justicia ordinaria, una estructura administrativa integrada por personal militar no especializado (tribunales, cortes marciales y juzgados militares); normas propias de orden penal, procesal y disciplinario; la ausencia de supervisión por parte de un órgano de control y la afectación de su independencia debido a los efectos que tiene el extremo sentido de jerarquía militar en el funcionamiento del sistema.

La segunda tendencia traslada la organización de la justicia militar a las instituciones civiles de justicia ordinaria. Los tribunales militares se ubican en sede judicial, incorporando a civiles profesionales del derecho, vinculados a la carrera judicial en la estructura administrativa del sistema de justicia militar. Han eliminado o adecuando la tipificación de algunos delitos que resultaban ambiguos o podían prestarse a posibles situaciones de arbitrariedad. También establecen salas especializadas y recursos legales que permiten revisar los procesos ya sentenciados.⁷⁹⁶ Los seguidores de esta tendencia consideran que la jurisdicción militar debe estar plenamente integrada a la jurisdicción ordinaria, en caso contrario se lesionan los principios de unidad jurisdiccional e Independencia Judicial. Deben separarse las facultades de mando del poder jurisdiccional, los jueces militares deben nombrarse de la misma forma que los demás miembros de la jurisdicción ordinaria y gozar de las mismas prerrogativas y privilegios que garanticen su independencia funcional e imparcialidad.

Existe una tendencia en el derecho comparado a adoptar el modelo de jurisdicción militar que consiste en suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla sólo en caso de guerra. En este caso, el juzgamiento de causas criminales y de todo tipo, pasan íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial ordinario no especializado en asuntos castrenses aplica los tipos penales militares en tiempo de paz. Esta tendencia obedece a que este modelo es el que se adapta de mejor manera a los principios del Estado Social y Democrático de derecho, específicamente

⁷⁹⁶ Cfr. FABIAN CASTRO, Gustavo y BERMEJO LARA, Dolores. *“Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”* Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010;

los principios de separación de poderes, unidad jurisdiccional e independencia judicial.

En Iberoamérica el modelo predominante es el de organización autónoma de la justicia militar. Es decir, que se mantiene en la región, un modelo que concibe la justicia militar como un espacio particular y separado del sistema de justicia ordinario, privilegiando por encima del fuero ordinario las facultades del fuero militar. El mantenimiento de un modelo de justicia autónomo es un hecho relevante si se toman en cuenta sus implicancias jurídicas, tanto para los miembros de la organización militar, como para el resto de ciudadanos. Lo fundamental consiste en contar con un sistema de justicia militar capaz de llevar adelante procesos imparciales y con las garantías que merecen los miembros de los cuerpos castrenses, como cualquier otro ciudadano. Este tipo de esquema mantiene un escenario de justicia militar autárquico o de mando.

Específicamente para México considero prudente, necesario y políticamente conveniente mantener una jurisdicción penal militar en tiempo de paz.

La propuesta de redacción para configurar a la jurisdicción penal militar en la Constitución es la siguiente:

“Artículo 13 constitucional: La ley establecerá tribunales militares y garantizará la independencia e imparcialidad de sus integrantes en el ejercicio de sus funciones. Establecerá las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan en ellos. Los mismos principios y prerrogativas que la Constitución otorga a los órganos del Poder Judicial de la Federación serán aplicables a la judicatura militar. El tribunal La ley determinará las conductas que por su naturaleza puedan afectar el adecuado cumplimiento de las misiones que asigne esta Constitución a las fuerzas armadas y que constituyan delitos estrictamente militares, que únicamente podrán ser imputados a quienes tengan la calidad de militares, conforme a la ley, y que estén en servicio activo permanente. Los tribunales militares no podrán extender su competencia para juzgar a civiles ni cuando se hayan violentado los derechos humanos de la población civil. Estos casos serán sometidos a los tribunales ordinarios. La ley organizará al Ministerio público militar que será presidido por un Procurador General de Justicia militar como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propios. En lo conducente le serán aplicables

a esta institución lo dispuesto por esta Constitución para el Ministerio Público de la Federación y la Fiscalía General de la República.

Únicamente durante el tiempo de servicio militar permanente y cuando no se encuentren sujetos a proceso penal, se restringen los derechos fundamentales de expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, la libertad de reunión y asociación, libertad de circulación y de residencia, el derecho de petición de forma colectiva. La ley regulará las relaciones especiales de sujeción del personal militar y establecerá el acceso a los beneficios de la seguridad social.”

La propuesta que presento incluye todos los aspectos considerados por el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ello le otorga un alto grado de legitimidad, toda vez que su construcción se hizo en clave de tutela de los Derechos Humanos. Por todo lo anterior considero que es una propuesta para iniciar el debate respecto de la configuración constitucional de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz.

C. ESCENARIO RECOMENDABLE PARA LA JUDICATURA MILITAR EN MÉXICO

La tendencia internacional apunta hacia la asimilación de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz a los órganos de justicia ordinarios. Solamente se reactiva en caso de guerra o bien durante operaciones militares en el extranjero.

Para México esta tendencia está lejos de resultar la más adecuada para configurar la jurisdicción penal militar en la actualidad. No obstante debe haber una transición del esquema actual de justicia de mando hacia otro más adecuado a los estándares internacionales. La propuesta de esta tesis consiste en implementar un sistema de judicialización parcial o híbrida de la judicatura militar.

El modelo propuesto supone la unidad en el vértice en sede judicial. Permanecen en sede ejecutiva los órganos de administración de justicia de primera instancia o grado. El Supremo Tribunal de Justicia Militar pasaría a formar parte del Poder Judicial de la Federación.

Los jueces militares de control y juicio oral, así como los consejos de guerra o cortes marciales, permanecen en sede ejecutiva y su personal estará

íntegramente compuesto por militares en el activo del servicio de justicia militar. Los juzgados militares o cortes marciales debes ser escabinado para conjuntar militares letrados con los de arma⁷⁹⁷.

El tribunal de apelaciones se ubica en sede judicial y estará compuesto por personal civil en su totalidad. En este caso los magistrados que lo integren deben ser militares retirados o especialista en el tema castrense. Las condiciones de selección y permanencia en los cargos de judicatura se asimilarían a los Poder Judicial Federal. Su traslado sería similar al del Tribunal Electoral del Poder Judicial que pasó de estar en sede ejecutiva a la judicial. Este esquema es congruente con los estándares internacionales sobre el tema que recomiendan la creación de una instancia superior de apelación, revisión o casación, ubicada en sede judicial.

Quienes integren este tribunal, deberán estar sujetos, a la misma normatividad de los tribunales civiles ordinarios, pero deben contar con experiencia en justicia militar. Esta es una garantía de ponderación en una actuación jurisdiccional del más elevado rango, normalmente llamada a actuar en valoraciones de casación y revisión. Las variaciones al modelo pueden considerar que militares retirados, de arma o del servicio de justicia militar, podrían ser quienes integren el cuerpo de personal jurídico y de asesores de este tribunal supremo. Lo destacado del modelo consiste en que sus integrantes no se encuentren subordinados a la jerarquía militar y cuenten con plena independencia en sus actuaciones y determinaciones. La esencia consiste en conservar los órganos propios del fuero militar, pero convergiendo en última instancia en sede judicial civil. De esta manera se busca combinar, la independencia y demás principios que son comunes y aceptados por la jurisdicción civil, con la necesaria experiencia para juzgamiento de casos militares y la comprensión adecuada de dicho sector.

Las funciones judiciales deben profesionalizarse, por lo que se deben crear un servicio de justicia militar común a las Fuerzas Armadas. Cuerpos o unidades especializadas que serán la cantera para la formación de personal judicial militar. De toda necesidad se deberá crear un servicio judicial militar de carrera, escalonado y basado en méritos valorados vía concurso.

⁷⁹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.- **Escabinado**: Tipo de tribunal de jurado, compuesto por jueces profesionales y por ciudadanos legos designados por sorteo.

A los justiciables se les deben garantizar los mismos derechos que en el medio civil, toda vez que las leyes que regulen los procedimientos, deben ser las mismas. Se debe permitir la actuación del defensor particular.

Las Fuerzas Armadas han cumplido con lealtad y eficiencia las misiones que les ha asignado el mando. La autoridad legislativa debe atender su justo reclamo de contar con un marco jurídico adecuado a efecto de permitirles servir profesionalmente a México.

CONCLUSIONES

La historia y la política proporcionan las claves para realizar una correcta interpretación del texto constitucional que configura la función militar y particularmente la jurisdicción penal militar. Por sí mismo, dicho texto no nos podría proporcionar el cuadro completo para comprender lo que han sido y son las Fuerzas Armadas en México. Las constituciones mexicanas han mantenido una prudente distancia de la clase militar y le han respetado sus tradicionales privilegios. El solo hecho de introducir una mínima e insuficiente regulación de las fuerzas armadas a nivel constitucional y dejar su normatividad a nivel de leyes ordinarias del órgano legislativo y en la mayoría de los casos reglamentos del ejecutivo federal, ha fomentado que las Fuerzas Armadas sean los amos de su propia parcela. Ello obedece principalmente al peso histórico-político de la actuación del poder militar, aunado al mal empleo de la fuerza armada en diversos momentos históricos, incluyendo al presente.

Durante esta investigación, tuve la oportunidad de asomarme al mundo militar. En mi etapa de abogado litigante Conocí sus problemas. Participé como defensor en varios juicios militares y en cinco consejos de guerra. Es más el último caso en México donde se pretendía aplicar la pena de muerte me correspondió atenderlo como defensor del justiciable.

Aprendí que las cuestiones militares son siempre tratadas con suma cautela. El estamento castrense es cerrado y poco afecto a permitir que extraños a su medio se familiaricen con éste. Porfiar y perseverar fue la clave para poder ganarme la confianza que me permitió pergeñar esta tesis.

La novedad que aporta este trabajo consiste en que no se trata de un estudio de gabinete, dogmático y alejado de la realidad. Fue una vivencia que me ha permitido tratar a los más modestos soldados y oficiales, pero también a los dos últimos secretario de la Defensa y Marina. Particularmente con el actual, General Salvador Cienfuegos he conversado sobre el resultado de mis investigaciones. Su apertura y disposición a escuchar fue para mí sorprendente, toda vez que rara vez un civil puede tocar temas de interés militar con el alto mando de la fuerza militar. Tuve

acceso a los archivos históricos reservados de la Secretaría de la Defensa Nacional. Ello fue invaluable para elaborar la investigación histórica del fuero militar. Lo más relevante fue conocer las inquietudes y realidades que se viven en los tribunales militares. Ello se refleja en varios de los epígrafes de esta investigación. Especialmente en las propuestas para modificar la redacción del artículo 13 constitucional o bien para proponer una nueva organización de la judicatura castrense.

La actuación militar en el combate al crimen organizado ha distorsionado la percepción de la sociedad civil respecto del instituto armado. La tendencia de extender en ámbito material de atribuciones de las Fuerzas Armadas, mediante la justificación de sus misiones en tiempo de paz, en lugar de reformar o adicionar el marco jurídico aplicable, es congruente con el tratamiento que se le ha dado a este factor real de poder a lo largo de la historia. Se ha preferido mantenerlo al margen del derecho, pero sometido a controles reales o de conveniencia.

Observo que esta es una tendencia peligrosa pues está provocando en los militares un sentimiento de inmovilidad y quietismo. El resultado del caso Rosendo Radilla, ha generado inquietud en los soldados y marinos. En efecto, cuando Quiroz Hermosillo era un joven Teniente Coronel le tocó cumplir las órdenes que directa o indirectamente desencadenaron la detención de Radilla Pacheco y su posterior desaparición. Cuando llegó a General de División fue procesado por ello. ¿Quién garantiza a los jóvenes oficiales y jefes de la actualidad que no les pasará lo mismo? Particularmente preocupa la falta de un marco jurídico suficiente para legitimar las misiones militares en tiempo de paz y ejerciendo atribuciones diferentes a la disciplina castrense.

El instituto armado debe estar sujeto a una normativa particular, determinada por la función que desempeña en la sociedad. Ello ha desarrollado un particular estilo de vida para los militares, matizado por la evolución política de los diferentes países. Sus variaciones históricas se reflejan en la necesidad de control de las Fuerzas Armadas y sus necesidades específicas de defensa y seguridad nacional.

En tiempo de paz, el control civil sobre las fuerzas de seguridad pública requiere de un diseño institucional que mantenga en orden y operando al estado democrático de derecho. La jurisdicción especial en materia militar es parte de este juego de equilibrios.

La regulación constitucional de las Fuerzas Armadas, su naturaleza y misiones, también inciden en la configuración de la justicia militar. El grado de asimilación o distancia entre militares y servidores públicos civiles determina el modelo de jurisdicción adoptado por el país.

La justicia militar es un fenómeno de consideración global, toda vez que las Fuerzas Armadas comparten valores y principios universales. Los puntos de encuentro entre los diferentes ejércitos y armadas son frecuentes, independientemente del país de origen. La justicia militar también forma parte del interés común de las Fuerzas Armadas de cualquier parte del mundo.

La noción de lo estrictamente castrense debe ser universalmente aceptada. Se debe construir a partir de la doctrina internacional y de las resoluciones que emitan el tribunal universal y los regionales tutelares de Derechos Humanos. Mientras existan Fuerzas Armadas será de obligado estudio y consideración su disciplina y valores, aspectos ambos íntimamente ligados a la justicia militar.

La razón de ser de los órganos jurisdiccionales de los Estados consiste en cumplir en forma eficiente y correcta su principal misión: administrar justicia. Mantener el estado de derecho bajo el imperio de la ley, en el marco de los principios internacionales que lo determinan, es la aspiración de todo Estado democrático de derecho. La jurisdicción militar en México, no cumple con los principios propalados por la Organización de las Naciones Unidas. Los fines meta jurídicos para justificar la existencia de una jurisdicción militar especializada no son suficientes.

Los modelos de configuración constitucional de las Fuerzas Armadas, determinan la subsistencia del sistema de justicia militar o su asimilación al fuero común o justicia civil. Asimismo cuando se mantiene el fuero militar, el modelo que se adopta, es una consecuencia directa de la naturaleza jurídica reconocida a las Fuerzas Armadas. El fuero militar es visto como un legado de generaciones de militares que han mantenido una posición preponderante como factor real de poder. En México particularmente la configuración constitucional del fuero militar ha permanecido inalterada desde fines de la época virreinal hasta el presente. En la Constitución vigente de 1917, el total de reformas y adiciones

constitucionales al 10 de julio de 2015 es de seiscientas veintinueve⁷⁹⁸. El artículo 13 constitucional, marco normativo del fuero de guerra, no ha tenido reforma alguna.

Aun en los países donde ha desaparecido la jurisdicción administrada por militares, permanece una legislación especializada sobre la materia. La jurisdicción militar como esquema de control sobre las Fuerzas Armadas no debe permanecer inalterable. La justicia militar no debe ser un instrumento de la política ni estar sujeta a los avatares de la lucha por el poder. Debe evolucionar de una justicia de mando a un modelo tutelar de los derechos fundamentales con base en un marco normativo castrense adecuado.

Es necesario desmitificar el significado del control civil. Es indispensable hacer comprender que el control civil no significa que los civiles, sólo por ser civiles son más que los militares; ni que los civiles son ciudadanos de primera categoría y los militares de segunda; ni que los civiles por ser civiles son amos y los militares esclavos. El control civil, implica simplemente que las Fuerzas Armadas no constituyen una institución autónoma, ni un fin en sí mismas. Los líderes civiles deben comprender que un control civil efectivo no se logra debilitando a los militares sino fortaleciendo las instituciones democráticas y perfeccionando sus mecanismos de control, especialmente la justicia militar tanto disciplinaria como penal. Ahora bien para que el fuero militar opere como un control legítimo y eficiente para las Fuerzas Armadas, se requiere que la procuración y administración de justicia militar cumplan con los requisitos de independencia, imparcialidad, ética, transparencia, profesionalismo y especialización.

Con base en las reflexiones anteriores que son resultado del camino recorrido, enumero algunas cuestiones torales sobre la jurisdicción penal militar y su configuración constitucional.

(1) En México, el fuero militar no debe desaparecer ni asimilarse a la administración de justicia civil, toda vez que se trata de un medio de control civil sobre las Fuerzas Armadas sustentado en la conveniencia recíproca de mantener ese espacio como instrumento institucional para preservar los

⁷⁹⁸ Cfr. El portal electrónico de la Cámara de Diputados presenta el total de reformas y adiciones a la Constitución. Véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_art.pdf

valores castrenses. Podría justificar un escenario híbrido como el que propongo en el Capítulo II de esta Tesis.

(2) Las relaciones entre la sociedad civil y el estamento castrense sufren recurrentes tensiones. Conforme progresa la tecnología y las ciencias, la sociedad se vuelve más compleja en cuanto a las relaciones interpersonales. En las sociedades democráticas contemporáneas la asimilación de los militares a la sociedad civil, en cuanto a costumbres y forma de vida es más frecuente que en el pasado. Desde luego ello es causante de polémica y conflictos, que si bien son transitorios, de momento ponen a prueba los medios de control civil sobre los militares.

(3) La seguridad jurídica de los militares resulta esencial, no solamente para legitimar su actuación, sino también para brindarles una garantía de que no serán objeto de persecución futura, toda vez que con su actuación pueden, eventualmente, afectar vida y patrimonio de los gobernados, así como de otros factores de poder de la sociedad. Es evidente que las relaciones cívico militares inciden en la configuración legal de las instituciones militares. El núcleo radica en el reconocimiento civil de una esfera autónoma de profesionalismo militar.

(4) Al instituto armado y a sus integrantes se les exige ser neutrales, apolíticos y no deliberantes. Ciertos derechos fundamentales de los militares deben estar limitados por disposición constitucional. Ello requiere de un marco normativo constitucional adecuado del cual carece la Constitución mexicana. La propuesta correspondiente se presenta en el Capítulo II de esta Tesis. El servicio profesional de las armas no se abandona porque se comete el delito de deserción; no se cuestiona porque se comete el delito de insubordinación; no se extralimita porque se comete el delito de abuso de autoridad. En suma podemos afirmar que los militares se encuentran sujetos a un régimen restrictivo en sus derechos fundamentales. Su particular condición jurídica y las misiones constitucionales del instituto armado inciden en sus derechos fundamentales.

(5) La configuración constitucional de las fuerzas armadas determina el esquema de la jurisdicción militar. Por cuanto hace a la jurisdicción penal militar requiere de una configuración constitucional expresa. Se deben establecer los lineamientos y principios para la tipificación de los delitos estrictamente castrenses. Éstos deberán ser aquellos que vulneren valores jurídicamente relevantes para que las Fuerzas Armadas cumplan eficazmente las misiones que constitucionalmente se les asigne.

(6) La permanencia o desaparición del fuero militar es una decisión fundamental de Estado. Sea cual fuere el camino escogido, existe un determinismo respecto al modelo de configuración constitucional de la función militar y el destino dado al jurisdicción militar, ya sea disciplinaria o penal.

(7) En México, la justicia militar no es un asunto de discusión jurídico-constitucional sino más bien un punto de tensión política que se decide por variables de poder, interés e influencia. La evolución de la jurisdicción militar, se manifiesta en el esfuerzo del legislador constitucional, de impedir que sea un instrumento de la clase gobernante para reprimir al pueblo. La finalidad que justifica la existencia de una jurisdicción militar, consiste en preservar los valores que sostienen la eficiencia y confiabilidad de la corporación armada. La jurisdicción militar no se agota en la resolución de los conflictos jurídicos que se le plantean. Debe ser un instrumento para mantener la disciplina, la moral y el espíritu de cuerpo en las Fuerzas Armadas; el etos castrense en cuatro aspectos fundamentales para toda institución armada: **disciplina, espíritu de cuerpo, eficacia en el cumplimiento de sus misiones y autonomía operativa bajo control civil**. En torno a estos ejes se pergeñan las normas especializadas de justicia militar y se construye la estructura orgánica jurisdiccional militar.

(8) La jurisdicción militar debe configurarse con base en los siguientes tópicos:

(a) La jurisdicción militar, es una excepción al derecho fundamental de acceso universal a la administración de justicia y al principio de unidad jurisdiccional. Por ello deberá tener una configuración de nivel constitucional, toda vez que implica una afectación a los derechos fundamentales de los militares considerados como ciudadanos en armas.

(b) Es necesario distinguir entre jurisdicción militar penal y disciplinaria. Cada subsistema tiene principios propios.

(c) La competencia estrictamente castrense de la jurisdicción penal militar, necesariamente limita sus ámbitos subjetivo, objetivo y normativo, dentro de los principios orientadores de los Derechos Humanos.

(d) Configurar constitucionalmente los parámetros de la jurisdicción disciplinaria militar, sujeta a los principios de inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando y entidad sancionadora mínima.

(9) El Derecho Disciplinario Militar tutela valores considerados de importancia para las corporaciones armadas. Mantener el espíritu de cuerpo, la disposición plena para el servicio, sin reticencias ni murmuraciones, el adiestramiento permanente bajo un esquema de rigor disciplinario, en suma aspectos que atienden al comportamiento cotidiano de los miembros de las Fuerzas Armadas. La gobernabilidad de las corporaciones armadas es su espacio propio de atención. El manejo puntual de las actividades diarias, el respeto a la jerarquía militar y a la escala de mando permite esta convivencia en armonía. Ello solamente se consigue bajo un régimen disciplinario estricto y sancionado por la ley.

(10) El nuevo marco regulatorio para las Fuerzas Armadas deberá partir de una adecuada configuración constitucional. En ella se deberá considerar al instituto armado en su conjunto, como una corporación del Estado mexicano. Asimismo habrá de considerarse al militar, en su aspecto individual, ubicándolo como ciudadano en armas.

(a) La primera tarea será definir y establecer el modelo de configuración para sus Fuerzas Armadas. Adoptar cualquiera de las doctrinas que el derecho comparado ofrece como alternativas.

(b) Se deberán definir las misiones que corresponden a las fuerzas de tierra, mar y aire, dejando a la legislación secundaria los aspectos de organización, coordinación y especialmente analizar la conveniencia de crear un estado mayor conjunto.

(c) También se deberá distinguir la actuación de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y en estado de guerra o de emergencia nacional.

(11) El ciudadano mexicano que sirva profesionalmente en las Fuerzas Armadas debe tener una relación jurídicamente segura y estable con el estado. Se debe migrar al principio de relaciones especiales de sujeción, en sustitución del contrato de enganche, para normar los vínculos jurídicos entre el Estado mexicano y los ciudadanos que presten el servicio militar voluntario en cualquiera de sus modalidades.

(12) El Código de Justicia Militar rebasa el mandato constitucional que configura a la jurisdicción penal militar. También desatiende principios del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ocurre en tres cuestiones muy específicas:

(a) La expedición del código castrense no se realizó mediante un procedimiento legislativo ordinario. Se tipificaron delitos

castrenses en ejercicio de facultades extraordinarias para legislar otorgadas al Presidente de la República.

(b) Se incorporan al código **delitos militares impropios y delitos comunes militarizados**, que no son de naturaleza estrictamente castrense.

(c) No existe soporte constitucional, claro y específico, para la acción persecutora penal en cuestiones militares.

(13) De la jurisprudencia interamericana y del derecho internacional, podemos establecer parámetros comunes que deben respetar los países que configuren una jurisdicción penal militar:

(a) Las legislaciones del Estado, no debe otorgar competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles. En caso de que así sea, los jueces militares deberán declinar la competencia, ejercitando un control de convencionalidad para dejar de aplicar la norma que los declare competentes.

(b) Lo mismo sucede con los militares en situación de retiro. Los tribunales militares son incompetentes para juzgarlos. Este aspecto aún no ha sido atendido por las leyes militares mexicanas.

(c) Los tribunales militares no deben asumir competencia para juzgar violaciones de derechos humanos, constitutivas de ilícitos penales, cometidas por personal militar.

(14) El fuero militar es una jurisdicción de tipo funcional cuya aplicación debe estar reservada a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones, bajo ciertas circunstancias. La jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley le asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

(15) La reforma al Código de Justicia Militar de 2014 eludió el cumplimiento de otras obligaciones preexistentes en materia de derechos humanos, como por ejemplo, dotar de imparcialidad e independencia a la justicia militar. Además, en lugar de reducir al máximo el fuero militar en tiempos de paz, se fortaleció la institucionalidad de los órganos de procuración de justicia, al haberse creado la Policía Ministerial Militar,

institución de investigación que actuará bajo las atribuciones de la Procuraduría de Justicia Militar.

(16) La interpretación del Artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(17) Para el caso de México estimo que el proceso de constitucionalización de la institución militar debe ser diferente al de las instituciones civiles del Estado. Debe considerar las peculiaridades de la organización castrense como factor de poder y la necesidad de someterlas al control de las autoridades civiles. Asimismo debe sustentarse en normas tan claramente pergeñadas, de tal manera que su interpretación no permita expandir las hipótesis de su aplicación. La sobreinterpretación del texto constitucional debe estar claramente acotada.

(18) Los aspectos a constitucionalizar para el instituto armado desde una **perspectiva corporativa** deben ser:

- (a) establecer el monopolio exclusivo del Estado en cuestiones de defensa y seguridad nacional;
- (b) un esquema orgánico institucional para las Fuerzas Armadas;
- (c) el espacio propio de su actuación en tiempo de paz, estado de emergencia y en caso de guerra;
- (d) la definición del estado de emergencia y su graduación;
- (e) subordinación a las autoridades civiles
- (f) mecanismos de coordinación entre el ejército, armada y fuerza aérea, como un Estado Mayor Conjunto.

(19) Respecto al **régimen disciplinario** militar, las cuestiones que deben ser objeto de escrutinio constitucional son las siguientes:

- (a) Principios orientadores del régimen disciplinario militar: adecuación, proporcionalidad, inmediatez, ejemplaridad, respeto a la escala de mando, taxatividad, mínima entidad sancionadora, definitividad, responsabilidad del mando
- (b) Sujetos obligados por la norma disciplinaria militar
- (c) Ámbito objetivo de su aplicación

(20) Por cuanto se refiere a la **jurisdicción penal** militar, los objetivos a considerar para ser compatible con las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional debe:

(a) reunir las condiciones de independencia e imparcialidad inherente a todo órgano de justicia;

(b) tener un ámbito de competencia restringida a los delitos estrictamente militares o que estén relacionados con el servicio y que vulneren bienes jurídicos castrenses, cometidos por militares en servicio activo;

(c) observar, en sus procedimientos, las garantías inherentes al debido proceso.

(d) configurar un órgano persecutor de los delitos militares que conduzca las investigaciones de forma imparcial e independientes;

(21) En Iberoamérica se observan dos grandes tendencias en el proceso de reformas de la legislación militar en la región iberoamericana. Las primeras privilegian la autonomía de la organización de la justicia militar caracterizada por su dependencia del Poder Ejecutivo y su desvinculación de la justicia ordinaria, una estructura administrativa integrada por personal militar no especializado (tribunales, cortes marciales y juzgados militares); normas propias de orden penal, procesal y disciplinario; la ausencia de supervisión por parte de un órgano de control y la afectación de su independencia debido a los efectos que tiene el extremo sentido de jerarquía militar en el funcionamiento del sistema. La segunda tendencia traslada la organización de la justicia militar a las instituciones civiles de justicia ordinaria. Los tribunales militares se ubican en sede judicial, incorporando a civiles profesionales del derecho, vinculados a la carrera judicial en la estructura administrativa del sistema de justicia militar. Han eliminado o adecuando la tipificación de algunos delitos que resultaban ambiguos o podían prestarse a posibles situaciones de arbitrariedad. También establecen salas especializadas y recursos legales que permiten revisar los procesos ya sentenciados. Los seguidores de esta tendencia consideran que la jurisdicción militar debe estar plenamente integrada a la jurisdicción ordinaria, en caso contrario se lesionan los principios de unidad jurisdiccional e Independencia Judicial. Deben separarse las facultades de mando del poder jurisdiccional, los jueces militares deben nombrarse de la misma forma que los demás miembros de la jurisdicción ordinaria y gozar de las mismas prerrogativas y privilegios que garanticen su independencia funcional e imparcialidad.

(22) Existe una tendencia en el derecho comparado de suprimir la jurisdicción militar en tiempos de paz y conservarla sólo en caso de guerra. En este caso, el juzgamiento de causas criminales y de todo tipo, pasan íntegramente a la jurisdicción ordinaria. Un órgano judicial ordinario no especializado en asuntos castrenses aplica los tipos penales militares en tiempo de paz. Esta tendencia obedece a que este modelo es el que se adapta de mejor manera a los principios del Estado Social y Democrático de derecho, específicamente los principios de separación de poderes, unidad jurisdiccional e independencia judicial. Para México no lo considero pertinente por el momento.

(23) Específicamente para México considero prudente, necesario y políticamente conveniente mantener una jurisdicción penal militar en tiempo de paz. Lo conveniente será implementar un sistema de judicialización parcial o híbrida de la judicatura militar. El modelo propuesto supone la unidad en el vértice en sede judicial. Permanecen en sede ejecutiva los órganos de administración de justicia de primera instancia o grado. El Supremo Tribunal de Justicia Militar pasaría a formar parte del Poder Judicial de la Federación. Este esquema es congruente con los estándares internacionales sobre el tema que recomiendan la creación de una instancia superior de apelación, revisión o casación, ubicada en sede judicial.

(24) La tendencia internacional apunta hacia la asimilación de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz a los órganos de justicia ordinarios. Solamente se reactiva en caso de guerra o bien durante operaciones militares en el extranjero. Para México esta tendencia está lejos de resultar la más adecuada para configurar la jurisdicción penal militar en la actualidad.

(25) Las funciones judiciales deben profesionalizarse, por lo que se deben crear un servicio de justicia militar común a las Fuerzas Armadas. Cuerpos o unidades especializadas que serán la cantera para la formación de personal judicial militar. De toda necesidad se deberá crear un servicio judicial militar de carrera, escalonado y basado en méritos valorados vía concurso.

Estos son los aspectos más relevantes de la investigación realizada. No se trata de un resumen del trabajo sino de los tópicos que resaltaron al concluir la tarea emprendida. Espero contribuir al debate sobre el tema y

con humildad y respeto espero los cuestionamientos de los integrantes del tribunal ante el cual sustentaré mis afirmaciones y conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA.

A. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ACEVEDO CASTILLO, José Rigoberto, Las faltas penales militares en el Derecho panameño y con especial referencia a las contenidas en el Código de Justicia Militar Español, 1985.

AGÜERO, Felipe, Militares, Civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

AGUIAR DE LUQUE, Luis y Ricardo BLANCO CANALES, *Constitución Española 1978-1988, Comentario Sistemático*, Tomo 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

ARANDA, Jesús, “Las mujeres en el Ejército Mexicano, relegadas a servicios administrativos”, en *Periódico La Jornada*, martes 22 de marzo de 2011, p. 1. Cfr. <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/22/politica/014n2pol>

ARCE GORDILLO, Juan Pablo, *La justicia militar: acorde al Estado Constitucional de Derecho en Guatemala*, Guatemala, Ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2002.

ARTEAGA NAVA, Elisur, “Las Conjuraciones”, en *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, año 2 número 2, México 1978.

_____, “Las Conjuraciones, Una interpretación política de la Constitución” en *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, año 2 número 2, México 1978.

_____, *Maquiavelo: estudios jurídicos y sobre el poder*, Oxford University Press, México, 2000.

- _____, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2004.
- ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Editorial Akal, 1991.
- BATAGLINO, Jorge Mario, *Las relaciones Cívico-Militares y su Status Teórico*, Fundación Simón Rodríguez, Buenos Aires, 1997.
- BENITO É INFANTE, Santiago, *Tribunales militares y jurisdicciones gubernativa, disciplinaria y administrativa en el ejército*, Madrid, Tipografía de los Huérfanos, 1886.
- BERMEO LARA, Dolores, *et al.*, “Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina” en RIAL, Juan (coord.), *La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia*, Primera edición, Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL), 2010.
- BERMÚDEZ F., Renato de J. *Compendio de Derecho Militar Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1996.
- _____, *Breve Reseña Histórica del Derecho Penal Militar Mexicano*, en línea. www.jusmilitaris.com.br.
- BERNETTI, Jorge Luis, *La reforma integral del sistema de justicia militar: un paso más en el proceso de modernización democrática de las Fuerzas Armadas 2006-2008*, Ed. Ministerio de Defensa, 2009.
- BIDART CAMPOS, German J. y José F. PALOMINO MANCHEGO (coords.), *Jurisdicción militar y constitución en Iberoamérica: libro homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Ed. Grijley, 1997.
- _____, “El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina”, En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO, (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 1997.

- _____, *Los Tribunales Militares y la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984.
- BLANCO, Carlos, *La dictadura y los procesos militares*, Ed. Morata, 1931.
- BLUME ROCHA, Ernesto Jorge, *La justicia militar en la historia del Perú*, Lima, Perú, Ed. ADRUS, 2010.
- BORREGUERO BELTRÁN, Cristina, “Del Tercio al Regimiento”. Conferencia dictada en la Universidad de Verano de la Universidad Complutense (El Escorial). El Escorial, 12 de Julio de 1996, puede consultarse en http://www.uv.es/rseapv/Anales/01_02/A_Del_Tercio_al_Regimiento.pdf
- BRUCHI, Arturo, *I tribunali militari e la scienza del diritto criminale*, Ed. Nabu Press, 2012.
- BRU PERAL, Eva María, *Proceso contencioso-disciplinario militar*, Ed. Ministerio de Defensa, 2007.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Porrúa, México, Decimoséptima Edición, 1983.
- BUSQUETS, Julio, *El Militar de Carrera en España*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1984.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo V, 21ª ed., Buenos Aires, Helista, 1989.
- CABRERIZO, Francisco, *El defensor ante los Tribunales de los ejércitos de tierra, mar y aire*, Madrid, Ed. Naval, 1946.
- CALDERÓN MADRIGAL, Salvador, *Derecho Penal y Disciplinario Militar*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Valencia, 2006.
- CANOSA USERA, Raúl, “Configuración Constitucional de la Jurisdicción Militar”, en *Revista del Poder Judicial*, número 34, 2ª época, Junio de 1994.
- CAÑETE PÁEZ, Francisco Ángel, “La Figura del Auditor en el Ordenamiento Jurídico Militar de España”, en *Revista de la*

Asociación de Amigos, Soldados y Veteranos de las FAS y GC, Ministerio de Defensa de España. <http://www.asasve.es>

CARBONELL, Miguel (coord.) “Neoconstitucionalismo (s)”, editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 49-73 JIMÉNEZ VILLAREJO, José. “Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional”. Madrid 1991, Editorial Coles

CARPIZO, Jorge, *El Presidencialismo Mexicano*, Siglo XXI editores, Decimosexta ed. México, junio 2002.

CASADO BURBANO, Pablo, *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDERSA, Madrid, 1986.

_____, *Las Fuerzas Armadas en el inicio del Constitucionalismo Español*, Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

_____, “La cobertura militar de los ordenamientos constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, nº 66, enero-marzo 1977.

_____, “Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española”. *Revista Española de Derecho Militar*. No. 36. Madrid, 1978.

CHAVARRI ZAPATERO, Jaime, *Régimen disciplinario militar*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *La Exclusividad y la Unidad Jurisdiccionales como Principios Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Español*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 113, mayo-agosto 2005. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=113>

CIENFUEGOS SALGADO, David, *La Función Judicial*, Editorial Porrúa, México, 2008,

CLAUSEWITZ, Karl von, *De la Guerra*, Ed. La Esfera de los Libros, S.L., 2005.

COLON Y LARRIATEGUI JIMENEZ DE EMBUN, Félix, *Juzgados militares de España y sus Indias*, Madrid, Ed. Vda. de Ibarra, 1788-1791.

CORONEL VELÁZQUEZ, Antonio, *El derecho y la jurisdicción militar*, 1943.

CORRALES ELIZONDO, Agustín, *Perspectivas de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas*, LERKO PRINT, S. A., Madrid, 2006.

COTINO HUESO, Lorenzo, *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

COUSO, Jaime, *Competencia de la Justicia Militar. Una perspectiva político criminal*, en MERA, Jorge, *Hacia una Reforma de la Justicia Militar*, Santiago, Cuadernos de análisis Jurídico, serie publicaciones especiales 13, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.

CRUZ BARNEY, Oscar, “Notas para un Estudio del Derecho Militar Mexicano”, en Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco, México, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

_____, “Las Milicias en la Nueva España, 1789-1794”, en *Estudios de Historia Novohispana*, número 34, enero junio Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, 2006.

DAHL, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven and London, Yale University Press, 1971.

DAVIDSON, Eugene, Nüremberg, juicio histórico. Una semblanza de los veintidós acusados ante el Tribunal Militar Internacional, Ed. Luis de Caralt, 1972.

DECAUX, Emmanuel, *La administración de justicia por los tribunales militares*, en Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/58 del 13 de enero de 2006, párrafo 13. Cfr. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/sessions/62/listdocs.htm>

DE LALLA, Paolo, *Saggio sulla specialità penale militare*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1990.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Derecho penal y disciplinario militar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

DELGADO ABEYTA, Héctor, “La justicia militar. Necesidad de su existencia. Probable origen del artículo 13 constitucional”, en Revista: *Boletín jurídico militar*, T. IX, NOS. 1-2, Enero-Febrero, 1943, México, D. F.

DELOGU, Pietro, *Il Codice Penale Per L'Esercito E I Tribunali Militari* (1889), Ed. Kessinger Pub Co, 2010.

DE PALACIO, Prudencio Antonio, *Notas a la recopilación de Leyes de Indias*, UNAM, 1ª edición, México 1979

DESCH, Michael C., *Civilian Control of the Military*, The John Hopkins University Press, United States of America, 1999.

Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

DIEZ DE VELASCO, M. (coord.), *Instituciones de derecho internacional público*, 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007,

DIEZ-PICAZO, Luis María, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991

DOBRANICH, Horacio H., *Justicia militar argentina*, Buenos Aires, Ed. J. Bonmati, 1913.

DOIG DÍAZ, Yolanda, *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Ed. Universidad de Alicante, 2003.

DONADIO, Marcela, “La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia”, en RIAL, Juan (compilador), *RESDAL Red de Seguridad y Defensa de América Latina*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, RESDAL, 2010.

DONAYRE MONTESINOS, Christian (CB), Justicia Militar en el Derecho Comparado y en la Jurisprudencia Constitucional [Recurso electrónico], 2009.

_____, “La justicia militar en el Derecho comparado en general y en América Latina en particular. Algunos elementos a tomar en cuenta para determinar la fórmula aplicable en el Perú”. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista001/militar.htm>

_____, “¿Quién Debe Juzgar a los Miembros de las Fuerzas Armadas en Perú?”; en *Revista del Instituto Nacional de Ciencias Penales*.

DOWNIE, Richard D. Phd, “Prólogo” a la obra *La Justicia Militar: entre la Reforma y la Permanencia*, Primera edición, Buenos Aires: RESDAL, 2010.

DURBET, Louis, Le juge d'instruction civil et le juge d'instruction militaire: étude comparée de leurs attributions et de leurs pouvoirs, Paris, Ed. Jouve, 1934.

DUSMET DE ARIZCUN, Xavier (Ed.) Fundamento del derecho militar y jurisdicción castrense: Memoria presentada para el doctorado... 1917, Valladolid, Ed. Tall. Tip. Cuesta, 1919.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo II, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998.

ETO CRUZ, Gerardo, *La Justicia Militar en el Perú*, Trujillo, Empresa Editora Nuevo Norte, S.A. Enero 2000.

FABIAN CASTRO, Gustavo y Dolores BERMEO LARA, (Coordinadores) Proyecto de Investigación “Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos”. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Marco Constitucional. La Jurisdicción Militar: Su organización y Competencia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. 1992

_____, "La Justicia Militar en el Derecho Comparado", en *Revista de Derecho General*, Madrid.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Fernando SILVA GARCÍA, *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2011.

FIX ZAMUDIO, Héctor, et al, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1999.

_____, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales contemporáneos*, México, UNAM-IIIJ, 1977.

FREITAS DO AMARAL, Diego, “La Constitución y las Fuerzas Armadas”, en *Revista de Estudios Políticos*, 60-61, abril-septiembre de 1988.

FUENTES CONCHA, Manuel, *Historia de la justicia militar de Chile*, Chile, Ed. Imp. Carabineros de Chile, 1943.

GÁMEZ ÁLVAREZ, Raúl Vicente, *Evolución jurídico-filosófica de la Jurisdicción militar*, 1994.

GARCÍA BALLESTER, Pascual, “Los principios de la disciplina en el derecho disciplinario militar comparado”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n037, 1979.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La jurisdicción militar en América Latina (La unidad de jurisdicción en algunos países del área)”. en *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVII, N° 13. Trujillo: Normas Legales, Octubre-Diciembre 1997.

GARCÍA GUIZAR, Abel, *El Caos Jurisdiccional Novohispano*, Revista Vínculo Jurídico, septiembre 1991.

GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín, *Colección de documentos para la historia de México*, Tomo Primero. En Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com>

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, et al., *Los tribunales militares y la Constitución*, Guatemala, Ed. Procurador de los Derechos Humanos, 1996.

GARCÍA LOZANO, Carlos (dir), *Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios*, Ed. Consejo General Poder Judicial, 2008.

GARCIA-SAYÁN, Diego, "Prólogo" a *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Fernando SILVA GARCÍA, editorial Porrúa, México, 2011.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen 1, Tecnos, Madrid, 1994.

GARRONE, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

GIL GARCÍA, Olga, Atribuciones de la "Justicia Militar" en España. Fiel indicador de nuestra historia reciente, Ed. Universidad de Burgos, 1999.

_____, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1999.

GIL SAEZ, Benjamín, et al., Jurisdicción y competencia en materia penal: Cuestiones de competencia suscitadas entre órganos de la Jurisdicción Ordinaria y conflictos de competencia funcional, suscitados entre las Jurisdicciones Ordinaria y Militar : años 1980, 1981 y 1982, Madrid, Ed. Colex, 1983.

GILISSEN J., "Evolution actuelle de la Justice Militaire", en *Recueils de Société Internationale de Droit Penal et Droit de la Guerre*, Bruxelles, vol 1. 1981.

GOODMAN, Louis W., "Relaciones entre civiles y militares en la era posterior a la guerra fría", *USIS*, Vol. 2, N° 3, Julio de 1997. <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0797/ijds/ijds0797.htm>

GÓMEZ DEL CASTILLO Y Manuel M. GÓMEZ, *El fundamento y la extensión de la jurisdicción militar*, Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 1972.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., México, Harla, 2001.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Ramón, *Derechos Fundamentales y condición militar*, Ed. Civitas, 2010.

GÓMEZ SÁMANO, Sebastián, *Justicia y Equidad*, serie Ética Judicial número 26, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, febrero 2013.

GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás, *La evolución histórica de la jurisdicción penal militar en España*, 1979.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *El Fuero Militar en México: La injusticia en las Fuerzas Armadas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. www.bibliojuridica.org,

GRACIA Y HERNÁNDEZ, Joaquín, *Justicia Militar: Nociones Teórico-prácticas De Toda Clase De Procedimientos Judiciales*, Ed. Nabu Press, 2011.

GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. Traducción de José María Lujambio, en Miguel Carbonell (ed.) *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001.

GUEDEA, Virginia, “Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México”, en MATUTE, Álvaro (editor), México, Instituto de Investigaciones Históricas, v. 10, 1986, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio, *La Incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., noviembre de 2014.

GUTIÉRREZ FLORES ALATORRE, Blas José, *Apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la republica y sobre las mas importantes disposiciones del derecho marítimo, internacional y administrativo relacionadas con aquellos*, México, Imprenta de J. M. Aguilar Ortiz, 1876-1878.

HABERMAS, Jürgen. *Constitutional Democracy. A Union of Paradoxical Principles?*, en *Political Theory* 29, no 6, diciembre 2006.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo, *Función Jurisdiccional*, Lima: Academia de la Magistratura, 2000.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando y Francisco PASCUAL SARRÍA, *Código Penal Militar*, Ed. Colex, 2011.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Curso de Derecho penal militar español*, Bosch, 1990.

HUNTINGTON, Samuel P., "Reforming Civil-Military Relations", in DIAMOND, Larry and Marc F. PLATTNER, editors, *Civil-Military Relations and Democracy*, Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996.

_____, *El Soldado y el Estado, teoría y política de las relaciones cívico militares*, Grupo Editor Latinoamericano, Trad. Cristina Piña, Buenos Aires, 1995.

_____, "Poder, ideología y profesionalidad: las relaciones civiles-militares en teoría." En: Rafael BAÑÓN & José Antonio OLMEDA, *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, España, 1985.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999.

JANOWITZ, Morris, *El Soldado Profesional*, Madrid, Ministerio de Defensa, 1990.

JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Madrid, Editorial Civitas, 1989.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Principios Constitucionales Derechos Fundamentales y libertades públicas del militar" en el Volumen *La jurisdicción militar*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1992.

_____, *Potestad Disciplinaria y Potestad Jurisdiccional*, Madrid, Editorial Colex, 1991.

JUANES PECES, A., "Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar", en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 7, 2004

KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y la sociedad*, Debate, Madrid, 1988.

- _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (del original *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931), Tecnos, Madrid, 1995
- KRIEGER, Heike, "Germany" en NOLTE, Georg, *European Military Law Systems*, Walter de Gruyter, 2003.
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1999.
- LABANCA, N. y P. P. RIVELLO, *Fonti e problemi per la storia della giustizia militare*, Ed. Giappichelli, 2004.
- La cooperación entre lo civil y lo militar. Visión de los protagonistas y propuestas para el mundo de la cooperación, Ed. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2007.
- La Justice militaire*, Sénat, Service des affaires européennes, Division de législation comparée, París, Ed. SENAT, 2000.
- L'évolution actuelle de la justice militaire = The present evolution of military justice : huitième Congrès International, Ankara, 11-15 octobre 1979, Bruxelles, 1981.
- La reforma integral del sistema de justicia militar: un paso más en el proceso de modernización democrática de las fuerzas armadas, 2006-2008: colección de debates parlamentarios de la defensa nacional, Argentina, Ministerio de Defensa de la Nación, 2009.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Coyoacán, Decimoprimera reimpresión, México 2004
- LATINI, Carlotta, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Ed. Mondadori Education, Le Monnier Università, 2010.
- LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de y Beatriz LÓPEZ LORCA, *Derecho penal militar. Cuestiones fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2014.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona 1979.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, José, *Protección penal de la disciplina militar*, Ed. Dykinson, 2007.
- MAC ALISTER, Lyle, *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1982.
- MÁRQUEZ, Leonardo, *Causa Instruida Contra El General Leonardo Márquez Por Graves Delitos Del Orden Militar: Pub. Por Primera Vez*, Ed. Ulan Press, 2012.
- MARTÍNEZ MARTÍ, Mateo, *Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII*, [España : s.n., s.a.].
- MARTÍNEZ MICO, J.G., “El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinaria penales”, en *Revista española de Derecho militar*, n° 74, 1999.
- MARTINEZ VIVOT, Julio, *La defensa en el proceso militar*, Ed. Abeledo Perrot, 1980.
- MAYNARD GOOM, Marshall, “Esprit Militaire,” en *The New York Times*, 1 de enero, 1882.
- MCPHERSON, James M., *To the Best of my Ability, The American Presidents*, Ediciones de The Society of American Historians. Dorling Kindersley editions, Nueva York, E.U.A, 2001.
- MEDINA GUIJARRO, Javier y Manuel PACHECO MANCHADO, *Código Militar. Organización y Régimen Jurídico Disciplinario, Penal y Procesal*, Ed. Aranzadi, 1999.
- MEJÍA BLANCO, Luis Felipe, *Derecho Procesal Penal Ordinario y Militar. (Jurisdicción y Competencia Ordinaria y Militar). Doctrinas y Jurisprudencias*, Ed. Libros en Red, 2010.
- MEJÍA, Miguel, *Cuestiones Jurídicas de Derecho Penal En Los Fueros Común y Militar, y de Derecho Civil, Mercantil y Constitucional (1906)*, Ed. Kessinger Pub Co., 2010.
- MELÉNDEZ GEORGE, León Magno Dr., “La Necesaria Creación de un Tribunal Laboral para las Fuerzas Armadas Mexicanas.” En

<http://aijdtssgc.org/2007/11/07/la-necesaria-creacion-de-un-tribunal-laboral-para-las-fuerzas-armadas-mexicanas>, consultado el 10 de junio del 2015.

MERA FIGUEROA, Jorge, *La justicia militar en Chile*, Santiago, Ed. FLACSO-Chile, cop. 2000.

_____, “Razones Justificadoras y ámbito de la Jurisdicción Penal Militar en Tiempo de Paz”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile 1998.

_____, “Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 13. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2002

MEZA CADENA, Eduardo Alejandro, *El fuero penal militar y su relación con los derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

_____, *Justicia militar*, Barcelona, Ed. Ariel, 2010.

MILLS, Wright C., *La Élite del Poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

MONTEMAYOR, Carlos, *Guerra en el Paraíso*, editorial Debolsillo, México, 2009.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Porrúa, colección Sepan Cuantos, número 191, México, 1982.

MONTOYA AGUADO, J. Alberto, *Códigos de justicia militar en México 1882-2000*, México, McGraw-Hill, 2000.

MORALES PADRÓN, Francisco, *Teoría y Leyes de la Conquista*, Ediciones Cultura Hispánica del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1979.

- MULLER SOLÓN, Enrique Hugo, *Delito de Función Militar y Delito de Función Policial*, http://www.avizora.com/colaboradores/textos_enrique_hugo_muller_solon/0000_enrique_hugo_muller_solon_textos.htm
- NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.
- NOLTE, Georg, *European Military Law Systems*, Walter de Gruyter, 2003.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *Derecho penal militar y Derecho penal común*, ADPCP, 1971.
- NÚÑEZ DE PRADO, José, *Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de Los Tribunales de Guerra*, (1884), Ed. Kessinger Pub Co., 2010.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho Constitucional Penal*, Porrúa, México, 2006
- Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos. Madrid 1768, 2 tomos. Edición facsimilar, Ediciones Lex Nova, 1999.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El Modelo Constitucional de Derechos Humanos en México. Estudios sobre Constitucionalización del Derecho”. Editorial Tirant Lo Blanch, México 2015.
- OVALLE FAVELA, Jorge, “Comentarios al artículo 13 constitucional”, en *Derechos del Pueblo Mexicano*, Tomo III, México a través de sus Constituciones, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión / Porrúa, México, 2000.
- PALACIOS, Alfredo Lorenzo, *Justicia militar argentina*, Buenos Aires, Ed. Rall. J. Rosso y Cía., 1914.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 25ª ed., México, Porrúa, 1999.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, tomo I, México, Porrúa, 2000.

- PARODI MARTINS, Cesar, (coord. y ed.), *Justicia militar*, Guatemala, Fundacion Myrna Mack, 1997.
- PAZ, Arturo, *Breves Apuntes Sobre Derecho Penal Militar Y Manual De Administración De Justicia Militar*, Ed. Nabu Press, 2010.
- PEGENAUTE, Pedro, *Represión política en el reinado de Fernando VII: las comisiones militares (1824-1825)*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1974.
- PEÑA, Carlos, “La Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 6, Santiago, septiembre de 1996.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2002
- PÉREZ-CABEZOS Y GALLEGU, Esther y F. Javier PUYOL MONTERO, *Derecho procesal penal y militar: Guía práctica*, Editorial Reus, 1994.
- PÉREZ ESTEBAN, Fernando, *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- PINA, Rafael de y José CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de derecho procesal civil*, 25ª ed., México, Porrúa, 2000.
- PIQUER Y MARTÍN-CORTÉS, Rafael de, *Los Tribunales de guerra: su organización, atribuciones y procedimientos con arreglo a las modificaciones del Código de Justicia Militar establecidas por el R.D. de 19 de marzo de 1919*, Madrid, Ed. Zarzalejos, 1919.
- PORRAS NADALES, Antonio, *Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España*, en revista de estudios Políticos 35, sep.-oct. 1983.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Delito de Práctica Ilegal de Detención por Funcionario Público*, Madrid, Edersa, 1990.

QUIROZ, Carlos, “Se disculpan por dar de baja a dos militares por VIH” En *Excelsior*, 25 de julio del 2015. <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/07/25/1036507> consultada el 29 de agosto del 2015.

RAMOS VICENT, Pilar, *Reyes y Reinas de España*, Editorial del Centro Superior de Cultura de España, Madrid, 2004.

RIAL, Juan, “Un Proceso Histórico de Larga Data: La Justicia Militar como Regulación de una Institución Total”, En RIAL, Juan (comp.) *La Justicia Militar, entre la Reforma y la Permanencia*, Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). 1a ed., Buenos Aires, 2010.

_____, “Tendencias de la Justicia militar en América Latina”, En: DONADIO, Marcela y TIBILETTI, Paz (directoras), *Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina*: RESDAL/SER en el 2000, Buenos Aires, 2007.

RIVA PALACIO, Vicente, *México a Través de los Siglos*, Editorial Cumbre, Grolier, México, 1977.

RIVELLO, P. Paolo, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, Ed. Giappichelli, 2000.

ROCCO, Ugo, *Derecho procesal civil*, vol. 1, México, Jurídica Universitaria, 2001.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 1991.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y J.L PRIETO, “El Derecho militar del siglo XXI: un proyecto de Código penal militar complementario”, en REDM n° 77, 2001.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La Jurisdicción Militar en el artículo 117.5 de la Constitución”, en *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Colección Estudios de Derecho Judicial 112, ediciones do Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ROJAS CARO, José, *Derecho disciplinario militar*, Ed. Tecnos, 1990.

ROSENBERG, Joshua, “Magna Carta in the Modern Age”, en *Magna Carta, Law, Liberty, Legacy*, Librería Británica, 2015.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *La Subordinación del Poder Militar al Poder Civil*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La Jurisdicción Militar en Argentina. Revisión de sus decisiones por la Justicia Federal”, En: BIDART CAMPOS, Germán y José PALOMINO MANCHEGO, (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 1997.

SALAS LÓPEZ, Fernando, *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*, Madrid, MAPFRE, 1992.

SÁNCHEZ GIL Y LAGO, Luciano, *El consultor del ejército*, Valencia, Editorial: Imprenta de F. Campos, 1868.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La jurisdicción militar*, Granada, Ed. Comares, 1996.

SANTA MARÍA, Jacinto, *Precisando el verdadero sentido y alcance del control civil sobre las Fuerzas Armadas*, Instituto Paraguayo de Estudios Estratégicos (IPAEE), 2002.

SAN MARTÍN, César, “Principio de unidad de la jurisdicción y justicia militar”, en *Gaceta del Tribunal Constitucional*, N.º 2, abril-junio 2006.

SARFATTI, Mario. *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México; serie de monografías, núm. 2, Primera edición: abril de 1945, págs. 70 y 71; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=632>

SASTRÉ VILLACORTA, Carlos, *Las Fuerzas Armadas Mexicanas, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar*, Editorial SISTA, 1ª edición, México, 2002.

- _____, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar, SISTA, México, 2002.
- SAUCEDO LÓPEZ, Antonio, *Tribunales militares en México*, México, Ed Trillas, 2002.
- SERRALDE, Francisco A., *Ilegitimidad de Los Tribunales Militares: Y de Las Leyes Procesal y Penal En El Fuero de Guerra (1902)*, Ed. Kessinger Pub Co ., 2010.
- SERRANO PATIÑO, Juan Victorio, *El sistema penitenciario militar español*, Ministerio del Interior, 2013.
- SIGRID, Arzt, *La Militarización de la Procuraduría General de la República: Riesgos para la Democracia Mexicana*, Centro para estudios México E.U. <http://www.usmex.ucsd.edu/justice>.
- SILVA PRADA, Natalia, *La política de una rebelión los indígenas frente al tumulto de 1692 en la Ciudad de México*, Centro de Estudio Históricos, El Colegio de México, 1ª Edición, 2007.
- STAMM, Albert, *Étude de la compétence des Tribunaux militaires en temps de paix*, Nancy: Imp. Grandville, 1932.
- STONE R. Geoffrey, *Perilous Times, Free Speech in Wartime*, Ed. Norton & Company, Nueva York, 2004.
- TANZI, Héctor José, *La justicia militar en el derecho indiano: (con especial referencia al Río de la Plata)*, Sevilla [s.n.], 1969 (G.E.H.A.).
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Porrúa, México, 1981.
- TOLEDO y UBIETO, Emilio Octavio, *La Prevaricación de funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la, *Instrucciones y Memorias de los Virreyes Novohispanos*, México, Editorial Porrúa, Biblioteca Porrúa tomo 2, 1991.
- UGARTE, Javier, *Manual de formularios para la práctica del Código de Justicia Militar*, Madrid, Ed. Librería Fernando Fé, 1916.

- VALENCIANO ALMOYNA, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar: comentarios a la Ley Orgánica 9/80*, Madrid : Gráf. JECSA, cop. 1980.
- VENDITI, Rodolfo, *Il processo penale militare*, Milano, Ed. Giuffrè, 1997.
- VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, Madrid, Ed. Imprenta y librería de Gaspar y Roig, 1853.
- VILLALBA, Juan de, *Apuntes Históricos sobre la Organización y los Uniformes del Ejército Colonial*, en Boletín del Archivo General de la Nación, XI octubre-diciembre de 1940.
- VILLALPANDO, José Manuel, *Los Presidentes de México*, Editorial Planeta, México, 2001.
- VILLALPANDO, José Manuel, *Las Fuerzas Armadas y La Ley*, Escuela Libre de Derecho, México, 2002.
- Vv. Aa., *La Función Militar en el Actual Ordenamiento Constitucional Español*, Madrid, Ed. Trotta, 2013.
- Vv.Aa., *Constitución y jurisdicción militar: [ponencias de la Jornada "Tratamiento constitucional de la jurisdicción militar", 16 de abril de 1996, Zaragoza / organizada por la Fundación de Estudios Políticos y Constitucionales "Lucas Mallada"; presentación Manuel Ramírez, Zaragoza, Ed. Pórtico, D.L. 1997.*
- Vv.Aa., *Tra Marte e Astrea. Giustizia e giurisdizione militare nell'Europa della prima età moderna (secc. XVI-XVIII)*, Ed. Franco Angeli, 2012.
- WEBER, Max, *El Político y el Científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.
- WEBER, Max, *La Política como Vocación*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.
- WHITE, H. "Executive Influence in Determining the Military Policy in the United States", 1924.
- WILLIAMS, Brenda, *Kings and Queens*, Pitkin Publishing, United Kingdom, 2004.

WILLIAMSON, David, *Consejos de Guerra: Expedientes de la 47ª Infantería de Indiana en la Guerra Civil Estadounidense*, 1862-1864, Ed. Kirkbride, Keagy, Johnston, Perrott, and Rose; Edición: 1 (15 de julio de 2015).

WOOD, Frank R., MOSKOS, Charles y Frank R. WOOD (ed.), *The Military - More than Just a Job?*, Elmsford Park, New York: Pergamon- Brassey's, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y Ricardo Juan CAVALLERO, *Derecho Penal Militar, Lineamientos de la Parte General*, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980.

ZORAIDA VÁZQUEZ, Josefina, "De la Difícil Constitución de un Estado: México, 1821-1854." en ZORAIDA VÁZQUEZ, Josefina (coord.), *La Fundación del Estado Mexicano, 1821-1855*, Editorial Nueva Imagen, 3ª reimpresión, México, 2000.

B. FUENTES DE INFORMACIÓN DE INTERNET

Fuerzas Armadas e Instituciones de Seguridad en la opinión pública, marzo del 2013 www.diputados.gob.mx/camara/.../Carpeta-No-21-fuerzas_armadas.pdf

Parametria, "El fuero en el Ejército", 7 de diciembre de 2010, en www.parametria.com (fecha de consulta: febrero de 2011). Encuesta en vivienda, del 28 de octubre al 1 de noviembre de 2010.

Periódico El Universal, México;

<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/37395.html>, consultada el 18 de abril 2015.

Real Academia Española de la Lengua <http://www.rae.es>

Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL). Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe, edición 2010. <http://www.resdal.org/atlas/atlas-completo2010-espanol.pdf>

Ulises Beltrán y Asociados BGC, "Creen que Ejército sí respeta garantías", 25 de julio de 2011, disponible en www.excelsior.com.mx (fecha de

consulta: febrero de 2012). Encuesta telefónica, del 19 al 20 de julio de 2011.

https://muse.jhu.edu/login?auth=0&type=summary&url=/journals/journal_of_democracy/v006/6.4huntington.html

www.excelsior.com.mx (fecha de consulta: febrero de 2012). Encuesta telefónica, del 19 al 20 de julio de 2011.

<http://www.elpais.com.co/elpais/opinion/columna/rafael-nieto-loaiza/fuero-militar>

<http://www.bundeswehr.de>

<http://www.bmvg.de/portal>

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/UltimasSentencias.aspx>

<http://www.biblioteca.tv/>

<http://avalon.law.yale.edu>

<http://www.historiaconstitucional.com/>

http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1573_382/Ordenanzas_de_Felipe_II_descubrimiento_nueva_1176.shtml sobre —

Manual Gráfico para el Uso de Uniformes, Divisas y Equipo del Ejército y Fuerza Aérea.
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n377.pdf>,
consultado el 8 de junio del 2015.

http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf